

Ludwig-Hans Serwe

Der Anspruch eines Gesellschafters
auf Mitwirkung bei den Klagen
aus §§ 117, 127 HGB.

Münster

1963

1965

D 6



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555204_0073

DER ANSPRUCH EINES GESELLSCHAFTERS AUF
MITWIRKUNG BEI DEN KLAGEN AUS §§ 117,
127 HGB.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die rechts- und staats-
wissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen-Wilhelms-Universität
zu Münster.

Vorgelegt von: LUDWIG-HANS S E R W E BOCHUM 1965



Dekan:

Professor Dr. Fikentscher

1. Berichterstatter:

Professor Dr. Westermann

2. Berichterstatter:

Professor Dr. Brox.

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dez. 1963



Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitende Übersicht	1
B. Der Mitwirkungsanspruch	2
I. Voraussetzungen und Wirkungen des Abberufungsurteils	2
1. Gesetzliche Grundlagen der Geschäftsführung und Vertretungsmacht	2
2. Voraussetzungen des Abberufungsrechts	4
II. Die Rechtspflicht zur Mitwirkung	17
1. Vertragliche Bestimmungen	17
2. Gesetzliche Grundlagen	22
3. Interessenlage	25
4. Zweck- Mitteladäquanz der denkbaren Rechtsbehelfe	46
a) Ausschliessung des Widerstrebenden	46
b) Auflösung der Gesellschaft	49
c) Schadensersatz	51
d) Mitwirken des Widerstrebenden	53
5. Interessenbewertung	55
6. Quellen der Mitwirkungspflicht	68
a) Treubindungen im Allgemeinen	68
b) Treubindungen in Gemeinschaftsverhältnissen	71

7. Die Rechtspflicht zur Mitwirkung als Verbindlichkeit	96
8. Voraussetzungen eines Mitwirkungsanspruchs	103
a) Berücksichtigung der Vertragsgrundlagen, subjektiv-objektive Interessenabwägung	103
b) Der wichtige Grund	105
9. Wahrnehmung berechtigter Interessen	112
III. Besonderheiten bei der Kommanditgesellschaft, stillen Gesellschaft oder deren Mischformen	116
C. Die Mitwirkungsklage	121
I. Der Inhalt der Mitwirkungspflicht	122
1. Rechtsnatur der Abberufungsklage	124
2. Zustimmung zur Abberufung	128
3. Ermächtigung zur Prozeßführung	131
II. Verbindung der Klagen auf Abberufung und Mitwirkung	136
D. Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung	139

III.

Abkürzungen.

ArchZivlpr.	= Archiv für zivilistische Praxis
BB	= Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BHG	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
HGB	= Handelsgesetzbuch
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung/Beilage zur Juristischen Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristen Zeitung
KG	= Kammergericht
LM	= Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs begründet von Lindenmaier-Möhring
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatschrift Deutsches Recht
NJW	= Neue juristische Wochenschrift
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OGH	= Oberster Gerichtshof für die britische Zone amtliche Entscheidungssammlung
OLG	= Oberlandesgericht
Recht	= Das Recht
RG	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	= Reichsoberhandelsgericht

IV.

SJZ	= Süddeutsche Juristen Zeitung
ZakDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR (ZHKR)	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZPO	= Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis.

- | | |
|--------------------|---|
| Alexander Katz | Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer offenen Handelsgesellschaft in ZHR 70/80 |
| Bandasch | Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Neuwied, Berlin, Darmstadt 1960
1. Aufl. |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, München und Berlin 1964
16. Aufl. |
| Bergmann | Über den Missbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen in ZHR 105/11 |
| Böhm | Zur Auslegung des § 117 HGB in DJZ 1928
Spalte 936 |
| Boehmer | Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1951
Buch 1 und 2 |
| Boor, Hans Otto de | Kollision von Forderungsrechten, Berlin und Wien 1928 |
| Breit | Gerichtliche Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft und gerichtliche Ausschluss von Gesellschaftern aus der Offenen Handelsgesellschaft in JR 1926/761 |
| Brüggemann | Die Treupflicht des Kommanditisten
Diss. Münster 1951 |
| v. Caemmerer | Bereicherung und unerlaubte Handlung in Festschrift für Rabel Band I S. 399, Tübingen 1954

Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung in NJW 56/569 |
| Cosack | Lehrbuch des Handelsrechts
12. Aufl., Stuttgart 1930 |
| Esser | § 242 BGB und Privatautonomie, in JZ 1956/556

Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz in JZ 58/113

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956 |

- Danielcik Vertragshilfe und *clausula rebus sic stantibus* in ZAkDR 1940/177
- Duden-Rowedder Vertragshilfegesetz, München und Berlin 1952
- Fechner Besprechung zu dem Vortrag von Hueck "Der Treuegedanke im modernen Privatrecht" in DRZ 1949/94
- Flechtheim bei Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 3. Aufl., Mannheim, Berlin und Leipzig 1932
- Flume Rechtsgeschäfte und Privatautonomie in "Hundert Jahre deutsches Rechtsleben", Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe 1960 Bd. I S. 135
- Fiege Die Gesellschaft, Stuttgart und Hannover 1955
- Fischer, Robert in "Das Bürgerliche Gesetzbuch". Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern 11. Aufl. Berlin 1960 Bd. II
- Fischer, Robert Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG in NJW 1959/1059
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1961
- Geiler bei Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl. Berlin 1958
- Geßler bei Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, erläutert von Geßler, Hildebrandt, Hefermehl, Schröder 3. Aufl. Berlin und Frankfurt am Main 1955 Bd. II
- Gierke, Julius v. Handels- und Schiffahrtsrecht 8. Aufl. 1958
Das Handelsunternehmen in ZHR 111/1 ff
- Gierke, Otto v. Genossenschaftstheorie Berlin 1887
- Gieseke Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens in Festschrift für E. Heymann zum 70. Geburtstag 1940 Bd. II S. 112

VII.

- Gudenas Schutz des Unternehmens einer Offenen Handelsgesellschaft durch die Ausschließung eines Gesellschafters gem. § 14o HGB Diss. Göttingen 1948
- Grieger Zur Frage des Bestandschutzes der handelsrechtlichen Personengesellschaft in ArchZiPr. 145/327
- Hartmann Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, Köln, 1959
- Hedemann Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 3. Aufl. Berlin 1949
- Hellwig Anspruch und Klagerecht, Beiträge zum bürgerlichen und Prozeßrecht, Jena 1900
- Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Leipzig 1908
- Henckel Die ergänzende Vertragsauslegung in AcP 1959/115
- Herrmann Eingedämmte Generalklauseln in JZ 1955/183
- Herschel Anmerkungen zur Entscheidung des Reichsgerichts (abgedruckt in der amtlichen Sammlung Band 162 Seite 358) in DR 1940/721
- Hueck, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht Sitzungsberichte der bayrischen Akademie der Wissenschaften, philosophische -historische Klasse Jahrgang 1944/1946 Heft 7 (im Sonderdruck des Biederschen Verlages München 1957 erschienen und danach zitiert)
- Der Treuegedanke im Recht der Offenen Handelsgesellschaft, in Festschrift für R. Hübner, Jena 1935
- Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. Berlin 1964
- Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 11. Aufl. München und Berlin 1963
- Anmerkungen zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone (abgedruckt in Band 1 Seite 33 der amtlichen Entscheidungssammlung) in SJZ 1948/755.

VIII.

Hueck, Goetz	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Hundertmark	Welche Wirkung hat die Klagerücknahme eines BGB Gesellschafters bei gemeinsam erhobener Klage DJZ 1930/968
Isay, Rudolf	Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910
Jörs-Kunkel-Wenger	Römisches Privatrecht 3. Aufl., Berlin Göttingen, Heidelberg 1949
Kegel	Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Bd. I (Gutachten) 1953
Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuches 2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig, 1929
Karger	Zur Auslegung des § 117 HGB, in DJZ 1928/1074
Kohler	Klage auf Zustimmung zum Ausschluss eines Gesellschafters, in JW 51/5 Die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person, in ZHR 74/456
Kröger	Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen, Stuttgart 1935
Küpper-Fahrenberg	Die Verletzung der vorvertraglichen Nebenpflichten durch Dritte im Versicherungsrecht Diss. Köln 1937
Lange	Ausgangspunkt, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage in Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958
Larenz	Vertrag und Unrecht, Hamburg 1936/37 Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München und Berlin 1963
Lehmann, K.	Entgegnung auf Kohler in ZHR 74/463 und 78/306
Lehmann, H.	Handelsrecht 2. Teil, Gesellschaftsrecht 1. Aufl., Berlin 1949 und 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959 (zitiert "Gesellschaftsrecht" ohne besonderen Hinweis 1. Auflage)

- Die positive Vertragsverletzung in
ArchZivPr. 96/60
- Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetz-
buches, 14. unveränderte Aufl., Berlin
1963
- bei Enneccerus Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts, Recht der Schuldverhältnisse
15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht
München und Berlin 1963, 11. Aufl.
- Lent bei Jaeger, Konkursordnung Berlin 1958
8. Aufl.
- Lesser Der Inhalt der Leistungspflicht, Bei-
träge zur Lehre von den Schuldverhält-
nissen nach bürgerlichem Recht Breslau
1909
- Locher Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck,
in Archiv für zivilistische Praxis 121/1
- Müller-Erzbach Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl.,
Tübingen 1928
- Die Erhaltung des Unternehmens in ZHR
61/357
- Der Schutz der Unternehmensarbeit in
ZHR 64/536
- Nipperdey bei Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen
Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts, Tübingen, 15. Bearbeitung,
I. Halbband 1959, II. Halbband 1960
- Arbeitskampf und unerlaubte Handlung,
Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht
Festschrift für Sitzler, Stuttgart 1956
S. 79
- Oertmann Die Geschäftsgrundlage ein neuer Rechts-
begriff, Erlangen und Leipzig 1921
- Pinner in Staub's Kommentar zum Handelsgesetz-
buch 12. und 13. Auflage, Berlin und
Leipzig 1926
- Pohle in Kommentar zur Zivilprozeßordnung, be-
gründet von Gaupp fortgeführt von Stein-
und - Jonas 18. Aufl. bearbeitet von
Schönke und Pohle, Tübingen 1953
- Rabel Recht des Warenkaufs, Berlin 1936
- Raiser Der Gleichbehandlungsgrundsatz im
Privatrecht in ZHR 111/75

X.

- Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit
in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben
Festschrift Deutscher Juristentag,
Karlsruhe 1960, Bd. I S. 101
- Ritter Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit Aus-
schluss des Seerechts, 2. Auflage, Mün-
chen und Berlin 1932
- Rosenberg Die Lehre von der gewillkürten Prozess-
standschaft in JZ 1952/137
- Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts
9. Auflage München und Berlin 1961
- Schilling Wandlungen des Modernen Gesellschafts-
rechts in JZ 1953/409
- Schmidt Die Obliegenheiten, Veröffentlichungen
des Seminars für Versicherungswissenschaft
der Universität Hamburg und des Versiche-
rungswissenschaftlichen Vereins in Hamburg
e.V., Karlsruhe 1953
- Schmidt-Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des Vertrags-
rechts in ArchZivPr. 147/155
- Zum Problem der Geschäftsgrundlage in
Festschrift für Hipperdey, München und
Berlin 1955, S. 1 ff.
- Schönke Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Aufl.,
neu bearbeitet von Schröder und Niese,
Karlsruhe 1956
- Schumann Handelsrecht, Wiesbaden o. J.
- Siber Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach
deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
- Sohm-Mitteis-
Wenger Institutionen, Geschichte und System des
römischen Privatrechts, München, Leipzig
1923
- Stoll Die Lehre von den Leistungsstörungen,
Tübingen 1936, Denkschrift des Ausschusses
für Personen-, Vereins- und Schuldrecht
- Notgesetzgebung in ArchZivPr. 134/347
- Sudhoff Der Gesellschaftsvertrag der Personal-
gesellschaften, München und Berlin 1959

- Traeger Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht Festgabe für Enneccerus, Marburg 1913
- Weipert Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl., Berlin 1950
- Weilbauer Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, Mannheim, Berlin, Leipzig 1922
- Westermann Sachenrecht, ein Lehrbuch, Karlsruhe 1960, 4. Aufl.
- Wieacker Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Nach einem Referat auf der Tagung der Zivilrechtslehrer 1955, erschienen in "Recht und Staat" 1956, Heft 193/194 S. 21
- Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnung, in Hundert Jahre deutsches Recht Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. II S. 1 ff.
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Berlin 1957
- Wieland Handelsrecht Bd. I München und Leipzig 1921
- Wolff bei Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Raiser und Wolff, Tübingen 1957, (zit. "Wolff - Raiser")
- Würdinger Zur Haftung für Ostschulden, insbesondere nach erfolgter Enteignung im Osten, in SJZ 1950/81
- Die Theorie der schlichten Interessengemeinschaft, Stuttgart 1934

A) Das Problem.

Nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 117, 127 HGB) kann die Vertretungsmacht oder die Befugnis zur Geschäftsführung einem Gesellschafter nur auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden. Die Anwendung dieser Vorschriften bietet keine Schwierigkeiten bei Gesellschaften, die aus zwei Gesellschaftern bestehen. Es hängt hier allein von dem Entschlusse des einzelnen Gesellschafters ab, ob die Abberufungsklage erhoben wird.

Anders ist dies, wenn die Gesellschaft von drei oder mehr Gesellschaftern gebildet wird. Naturgemäss können die Beurteilungen des Verhaltens eines Gesellschafters durch mehrere andere Gesellschafter erheblich voneinander abweichen, weil persönliche Beziehungen oder sachliche Meinungsverschiedenheiten den einen oder anderen Gesellschafter geneigt machen können, ein bestimmtes Verhalten in diesem oder jenem Licht zu sehen. Weigert sich nun einer der Gesellschafter, zusammen mit den übrigen die nach §§ 117, 127 HGB erforderliche Klage zu erheben, so sind die Voraussetzungen der genannten Vorschriften nicht erfüllt.

Es erhebt sich daher die Frage, wie sodann zu verfahren ist.

Ob das geltende materielle Recht in diesen Fällen einen Anspruch auf Mitwirkung gegen den sich weigernden Gesellschafter gewährt, ist Gegenstand des ersten Teils dieser Untersuchung. Ob und in welcher Form gegebenenfalls ein solcher Rechtsanspruch praktisch durchzusetzen ist, soll anschliessend daran erörtert werden.

B) Der Mitwirkungsanspruch

I. Voraussetzungen und Wirkungen des Abberufungsurteils.

Bevor erörtert werden kann, ob dem einzelnen Gesellschafter ein Anspruch auf Mitwirkung bei den Klagen auf Ausschliessung von der Geschäftsführung und Entziehung der Vertretungsmacht zusteht, muss zunächst geklärt werden, ob es nach den Voraussetzungen und den Wirkungen des in §§ 117, 127 HGB normierten Klagebegehrens einer solchen Mitwirkung überhaupt bedarf.

1) Gesetzliche Grundlagen der Geschäftsführung und Vertretungsmacht.

Die gesetzlichen Bestimmungen (§ 114 HGB und § 125 HGB) besagen, dass jeder einzelne Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet und zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen hin ermächtigt ist, sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung vorsieht..

Bei der Kommanditgesellschaft sind in Abweichung hiervon gemäss §§ 164 u. 170 HGB die Kommanditisten von der Geschäftsführung und der Vertretungsmacht ausgeschlossen.

Die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht sind damit als unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag herzuleitender Rechte jedes einzelnen Gesellschafters gekennzeichnet, das durch entsprechende Änderungen des Gesellschaftsvertrages mit seiner Zustimmung jederzeit eingeschränkt oder beseitigt werden kann.

Weil es eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages erheischt, steht damit fest, dass diese Rechte dem Gesellschafter nicht ohne seine Zustimmung willkürlich genommen werden können. Wenn aber der geschäftsführende und vertretungsberechtigte Gesellschafter die ihm zugebilligten Rechte missbraucht oder sonst Gründe vorliegen, die es unzumutbar erscheinen lassen, ihm die Vertretungsmacht und die Geschäftsführung weiter zu belassen, besteht unverkennbar das Bedürfnis, den übrigen Gesellschaftern Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen, die es ihnen ermöglichen, einem solchen Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auch gegen seinen Willen zu entziehen.

Aus diesem Grunde gestattet § 712 BGB für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Geschäftsführungsbefugnis durch Beschluss zu entziehen.

Bei den handelsrechtlichen Personalgesellschaften sind die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht von ganz besonderer Bedeutung. In der Regel sind die Geschicke dieser Gesellschaften enger mit dem Berufs- und Wirtschaftsleben des einzelnen Gesellschafters verflochten. Die Teilnahme am Rechts- und Wirtschaftsleben ist wie die Investierung der einzelnen Gesellschafter in das durch sie geführte Unternehmen im allgemeinen umfangreicher als bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nicht selten ist die Tätigkeit im Unternehmen der Gesellschaft für den geschäftsführenden Gesellschafter zugleich Beruf.

Weil daher die Entziehung tief in die Rechte des einzelnen eingreift und unter Umständen auch - soweit die Entziehung der Vertretungsmacht in Betracht kommt - auf die rechtsgeschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten von Einfluss sein kann, bestimmt § 117 bzw. § 127 HGB, dass die Entziehung aus wichtigem Grunde lediglich⁽¹⁾ durch gerichtliches Urteil erfolgen kann. Hieraus ergibt sich die erste Funktion der Bestimmungen als Interessenschutz für den Abzuberufenden. Der nach der gesetzlichen Regel bestehende Zwang, den Rechtsweg zu beschreiten, sichert aber zugleich das Interesse der Beteiligten an der Klärung der Rechtslage. Darin besteht ihre weitere Funktion. Dadurch, dass die Entziehung an den staatlichen Hoheitsakt des Urteilsspruchs gebunden ist, wird nach dem Eintreten der formellen Rechtskraft jeder Streit über das Fortbestehen der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht ausgeschlossen.

2) Voraussetzungen des Abberufungsrechts.

Entzogen werden kann jede Art der Vertretungsmacht und der Geschäftsführungsbefugnis. Es gilt gleich, ob sie auf Vertrag beruht oder auf Gesetz, ob sie dem einzelnen Gesellschafter oder diesem lediglich zusammen mit einem anderen Gesellschafter zusteht, oder ob sie im einzelnen sachlich beschränkt ist.

a) Mit der Rechtskraft des Urteils verliert der beklagte Gesellschafter seine Rechte. Der Urteilspruch gestaltet das Vertragsverhältnis der Ge-

1) Natürlich kann der Gesellschaftsvertrag eine andere Regelung vorsehen. Diese Möglichkeiten sollen später (S. 17) eingehend erörtert werden. Hier wird zunächst nur die gesetzliche Regelung untersucht.

sellschafter untereinander von diesem Zeitpunkt in dem bezeichneten Sinne (1).

Das Klagebegehren stellt sich daher als Verlangen nach Vertragsänderung dar.

Hier wird mit Recht die Frage aufgeworfen (2), ob es zulässig ist, ein Vertragswerk, das von den Gesellschaftern kraft ihrer Privatautonomie als Ganzes geschlossen wurde, lediglich in einzelnen Punkten abzuändern.

Die Vorstellung, dass durch Klage und Urteil andere Punkte des Gesellschaftsvertrages gleichfalls abänderungsbedürftig werden, ist nicht abwegig. In Ausnahmefällen kann selbst zweifelhaft sein, ob der betroffene Gesellschafter durch den Verlust seiner Rechte nicht gerade das eingebüsst hat, was für ihn das Wesentliche des gemeinsamen Zweckes war. Es kann auch die Frage auftauchen, ob ein anderer Gesellschafter nicht allein darum sich zum Vertrage entschlossen hat, weil der bisherige Geschäftsführer sein besonderes Vertrauen genoss.

Diese Überlegungen mögen begründet sein. Sie können jedoch nicht dazu führen, das gesetzlich in §§ 117, 127 HGB begründete Recht, den Vertrag allein in

(1) Geßler bei Schlegelberger § 117 Anm. 11 u. Anm. 9, § 127 Anm. 8, Weipert in RGR-Komm. § 117 Anm. 1 u. 1 b, § 127 Anm. 9; RG in JW 26/5505; Ritter § 117 Anm. 3 c; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 10.

(2) Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 10.

diesen Punkten abzuändern, auch nur in Ausnahmefällen zu versagen, oder den Rahmen richterlicher Gestaltungsmöglichkeit weiter zu ziehen als das Gesetz dies vorsieht.

Bei der für Vertragsverhältnisse von längerer Dauer besonders wichtigen Regelung des Verhältnisses zwischen Vertragsgerechtigkeit und Wirklichkeit bürdet das Gesetz mit den genannten Bestimmungen den nachteilig Betroffenen ausdrücklich das Risiko einer künftigen Vertragsänderung auf (1). Anders ist diese Frage zu beurteilen, wenn der Gesellschaftsvertrag gerade über das Abberufungsrecht Bestimmungen enthält. Hierauf wird später noch eingegangen werden müssen.

Ob, wenn im Einzelfall der Eingriff in die vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft besonders tief ist, dem Abzuberufenen oder einem anderen nachteilig betroffenen Gesellschafter das Recht zusteht, allein aus diesem Grunde die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, ist eine andere Frage (2).

(1) über der Risikogedanken vgl. Flume S. 209
Caemmerer NJW 56/569, Esser JZ 1958/ 113;
Rabel, S. 343, 357; Kegel S. 200.

(2) Hierüber herrscht Streit. Geht man davon aus, dass die Vorschriften in § 133 und § 140 HGB gleichfalls eine Risikoregelung enthalten, so ergibt sich schon aus der Verschiedenheit der Institute, daß die Risikoverteilung nicht gleichgeartet sein kann. Vgl. hierüber S. 39.

b) Es ist Voraussetzung einer begründeten Klage aus §§ 117, 127 HGB, dass ein wichtiger Grund vorliegt. Eine Definition dieses Begriffes gibt das Gesetz nicht. Es nennt lediglich als Beispiele grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zu ordnungsmässiger Geschäftsführung. Schuldhaftes Verhalten des beklagten Gesellschafters ist indessen nicht erforderlich. Zur Eingrenzung bieten die Vorschriften der §§ 626, 723 BGB und 70, 133 HGB vergleichbare Tatbestände, die im Zusammenhang mit der umfangreichen Rechtsprechung ⁽¹⁾ hierzu jeden Umstand als wichtigen Grund kennzeichnen, der nach Treu und Glauben die Fortsetzung des bestehenden Zustandes unzumutbar erscheinen lässt.

c) Die Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter, auch derjenigen, die nicht an der Geschäftsführung beteiligt sind (Kommanditisten), ist eine weitere Voraussetzung zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht. Das ergibt sich zunächst daraus, dass die Klage aus §§ 117, 127 HGB das Begehren nach Vertragsänderung ist. Diese kann - sofern nichts abweichendes vereinbart ist - nur unter allen Gesellschaftern einheitlich vollzogen werden.

Der Abberufungsklage liegt sowohl in § 117 als auch in § 127 HGB ein subjektives Abberufungsrecht zu Grunde; es ist in jedem Falle ein gesellschaftliches Recht.

Dieses materiell-rechtliche Abänderungsrecht kann jedem der Gesellschafter zustehen. Seine Wirkungen können jeden geschäftsführungsbefugten oder ver-

(1) Einzelheiten vgl. S. 105 ff mit Nachweisen

tretungsberechtigten Gesellschafter treffen.
Hierfür spricht schon der Wortlaut der Bestimmungen.

Der Grundsatz der bürgerlichen Rechtsordnung, dass die in einem Sonderrechtsverhältnis verbundenen autonomen Vertragsparteien nur durch eigenen Entschluß ihre rechtlichen Beziehungen ändern oder aufheben können, erfährt durch §§ 117, 127 HGB insofern eine Abänderung, als darin das Abberufungsrecht als einseitiges Gestaltungsrecht ⁽¹⁾ gekennzeichnet wird.

Das Wesen der Gestaltungsrechte besteht in der Rechtsmacht, subjektive Rechte zu verändern, aufzuheben oder zu begründen, ohne dass es der

(1) Die Auffassung von Breit Jh 1926 Sp. 769 u. 722 (für die Auflösungsklage), es sei lediglich ein obligatorisches Recht, dessen Gegenstand die Zustimmungserklärung des verklagten Gesellschafters zur Auflösung sei, kann nicht geteilt werden. Breit verkennt die Natur des einseitigen Gestaltungsrechts, dessen Wirkung nicht von der Zustimmung des Gegners abhängig ist. Auch § 712 BGB enthält nicht lediglich ein obligatorisches Recht. Die Rechtsauffassung Breits versucht den Begriff des Gestaltungsrechts aufzulösen und als unselbständige Folge des Willenkonsenses der Parteien abzutun. Das kann nicht gutgeheissen werden. Gestaltungsrechte sind in sich selbst begründete, begrifflich unabhängige subjektive Rechte der Gruppe der verfügbaren Rechtsgeschäfte. Daher haben Urteile aus §§ 117, 127 HGB gleichfalls gestaltende Wirkung.

Mitwirkung des in seinen Rechten Betroffenen bedarf (1).

Die Rechtsänderung wird dabei entweder durch eine Willenserklärung (2), durch bestimmte Handlungen (3) oder durch richterliches Urteil (4) bewirkt.

Da die Ausübung des Gestaltungsrechts unmittelbar in die Rechtsbeziehungen der beteiligten Vertragspartner eingreift und sie verändert, kann es, auch wenn mehr als zwei Vertragspartner zueinander in Rechtsbeziehungen stehen, nur von allen Beteiligten oder gegen alle Betroffenen gemeinsam und unterschiedslos verwirklicht werden (5), sofern nichts anderes vereinbart ist.

Die Rechte aller in den personenrechtlichen Verband der Gesellschaft Einbezogenen sind unterschiedslos. Die Herrschaft über die Gestaltung des Vertragsverhältnisses, dass alle gleichermaßen betrifft, kann daher mangels besonderer Vereinbarung schwerlich einem Einzelnen zugesprochen werden.

Das widerspricht auch der Gesamthandbindung der Gesellschafter, die hierin letztlich ihren Ausdruck findet.

Die durch Gesetz oder Vertrag verliehene Befugnis über das Gesamthandvermögen zu verfügen,

(1) Enneccerus - Nipperdey, § 73 I 3;

(2) Rücktritt, Anfechtung, Kündigung

(3) Okupation, Verarbeitung

(4) Ehescheidung, Anfechtung und Ehelichkeit

(5) vgl. den gesetzlich geregelten Fall in § 356 Abs. I

kann nur von allen übrigen Mitgliedern des Gesamtverbandes widerrufen werden. Vertretung und Geschäftsführung kann mangels einer organschaftlichen Ausgestaltung dieser Rechte bei der OHG und der KG nur als von der Gesamthand abgeleitete Machtbefugnis begriffen werden. Dies ist der tiefere Grund, weshalb bei Klagen aus §§ 117, 127 HGB ebenfalls die Mitwirkung der nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter der OHG und auch der Kommanditisten der KG verlangt wird.

Die Gestaltungswirkung des Urteils darf nicht dazu verleiten, die Vorstellung dieser materiellen Voraussetzungen zu verdrängen.

Das Bedürfnis, für die übrigen Gesellschafter einen Rechtsbehelf zu schaffen, den Geschäftsführer auch gegen seinen Willen abuberufen, liegt in dem Interesse eines jeden Gesellschafters, dass die gemeinsame Arbeit erfolgreich verläuft. Die mit seiner Stellung in der Gesellschaft verbundene unbeschränkte persönliche und direkte Haftung für die Schulden der Gesellschaft erfordert es, ihm die Befugnis einzuräumen, aktiv an der Beseitigung jeglicher Störung der Unternehmensarbeit mitzuwirken. Jeder einzelne Gesellschafter ist daher zwar berechtigt, die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht eines jeden anderen Gesellschafters zu verlangen ⁽¹⁾,

(1) Sofern er nicht vertraglich auf dieses Recht verzichtet oder es aus anderen Gründen verloren hat. Hierzu darf auf die Rechtsprechung und Lehrmeinung zur Ausschluss- u. Auflösungsklage verwiesen werden. Vgl. RG 51/91, JW 35/2490, ROGH 6/117, Müller-Erbach, Lehrbuch des Handelsrechts S. 214, Wieland S. 715, Fussnote 9. Die dort entwickelten Grundsätze gelten auch hier, weil die Rechtslage gleich ist.

jedoch steht diesem Recht des Einzelnen die Notwendigkeit der gemeinschaftlichen Klage aus den erörterten Gründen gegenüber. Verweigert auch nur ein Gesellschafter seine Mitwirkung oder ist seine Zustimmung nicht zu erlangen, so hat die Klage keinen Erfolg ⁽¹⁾.

Dieser Auffassung tritt lediglich Böhm entgegen ⁽²⁾, Böhm vermeint aus dem Wortlaut des Gesetzes folgern zu dürfen, dass nicht alle übrigen Gesellschafter gemeinsam die Abberufungsklage erheben müssen. Es könne nicht hingenommen werden, dass die Berechtigten auf Auflösung klagen und sich selbst empfindlichen Schaden zufügen müssten, wenn das Unternehmen der Gesellschaft floriere, weil einer der Gesellschafter sich weigere, an der Klage mitzuwirken. Diese mit dem Gesetzeswortlaut argumentierende Ansicht vermag nicht zu überzeugen ⁽³⁾. Die sprachliche und begriffliche Deutung des Gesetzestextes stützt keineswegs die Ansicht, dass jeder einzelne Gesellschafter, sofern ein anderer die Mitwirkung verweigert, die Klagen aus §§ 117 und 127 HGB zulässig und begründet erheben kann.

Der herkömmliche Sprachgebrauch der Gesetzes-

(1) Vgl. Hueck Recht der OHG S. 107, Karger DJZ 1928 S. 1074

(2) Vgl. Böhm DJZ 1928 S. 936.

(3) Ethymologische Begründungen überzeugen nur selten wie Fechner (DRZ 1949/94) zu Recht betont.

textes spricht weitaus eher gegen diese Auffassung ⁽¹⁾.

Die weitere Begründung des Verfassers lässt auch keinen Zweifel darüber, dass seine Auslegung von reinen Zweckmässigkeitserwägungen geprägt ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es nicht dem einzelnen Gesellschafter überlassen bleiben darf, zu beurteilen, ob der sich Weigern-
de erhebliche Gründe hat oder ob es lediglich seine Uneinsichtigkeit ist, an welcher die berechtigten Interessen der übrigen Gesellschafter scheitern sollen.

Darüber hinaus ergibt sich aber eine Anzahl weiterer nachhaltiger Einwendungen gegen die Auffassung Böhms aus dem Sinn und der Rechtsnatur der Klagen aus den genannten Vorschriften. Es ist bereits hervorgehoben worden, dass wegen der weitreichenden Bedeutung der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht sowie im Interesse unbedingter Klarheit im Rechtsverkehr und der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern die Entziehung nur nach richterlicher Prüfung durch richterlichen Spruch angeordnet werden darf, wenn unter den Gesellschaftern nichts anderes vereinbart worden ist. Räumt man jedem einzelnen Gesellschafter schon das Klagerecht gegen den vertragsuntreuen Gesellschafter ⁽²⁾ ein, so ist diese

(1) Vgl. Karger DJZ 28/1074; Breit JR 26/857
für den gleichen Wortlaut der Ausschlussklage.

(2) Der Ausdruck " vertragsuntreuer Gesellschafter " wird vom Reichsgericht - vgl. 109/82 - und Breit Juristische Rundschau 1926 S. 764, wohl zuerst benutzt und hat sich eingebürgert. Er ist ungenau, weil § 117 wie § 140 HGB Verschulden nicht unbedingt voraussetzen.

richterliche Nachprüfung nicht im vollen Umfange gewährleistet. Dem beklagten Gesellschafter steht bekanntlich das Recht zu, gegen die Klage dann Einwendungen zu erheben, wenn dem Kläger eigenes schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann (1).

Es ist aber durchaus denkbar, dass einer der übrigen Gesellschafter seine Mitwirkung an der Klage deswegen verweigert, weil er befürchten muss, dass ihm sein eigenes vertragsuntreues Verhalten vorgehalten wird. Bei dem von Böhm vorgeschlagenen Verfahren wäre der Beklagte nicht in der Lage, diesen Sachverhalt dem Richter zur Nachprüfung zu unterbreiten, da der sich weigernde Gesellschafter nicht am Prozess beteiligt ist.

Die Nachprüfung durch das erkennende Gericht bliebe daher im wesentlichen darauf beschränkt, ob der beklagte Gesellschafter einen wichtigen Grund im Sinne der §§ 117, 127 HGB gesetzt hat. Im Rahmen dieser Untersuchung kann freilich von Amts wegen auch solches Vorbringen berücksichtigt werden, das in seinem Kern einen Vorwurf gegen einen nicht am Verfahren beteiligten Gesellschafter enthält, jedoch nur dann, wenn es das Verhalten des beklagten Gesellschafters in irgend einer Form bedingt hat. Steht es in keinerlei erkennbarem Zusammenhang mit dem Verhalten des beklagten Gesellschafters, so muss es selbst dann unberücksichtigt bleiben, wenn es eine gröbliche Verletzung der Treuepflicht darstellt.

(1) BGH Lindenmaier-Möhring § 117 HGB Nr. 1 Bl. 2

Auch mit der gestaltenden Wirkung obsiegender Urteile aus §§ 117, 127 HGB ist die Auffassung Böhm's nicht in Einklang zu bringen. Sie verkennt, dass die in der Gestaltung liegende Vertragsänderung nur von allen Gesellschaftern gemeinsam vollzogen werden kann. Dabei ist es ohne Belang, dass die Wirkungen an einen Urteilspruch geknüpft sind. Hierdurch wird lediglich das gemeinsame Begehren nach Vertragsänderung durch das zusätzliche Erfordernis eines gemeinsamen Begehrens nach staatlichem Rechtsschutz erschwert ⁽¹⁾.

In Anbetracht dieser materiell-rechtlichen Rückwirkungen sind alle zur Klage berechtigten Gesellschafter notwendige Streitgenossen gem. § 62 ZPO ⁽²⁾.

Deshalb ergeben sich auch aus prozeßrechtlichen Gründen Bedenken gegen die Auffassung Böhm's.

Der Urteilsspruch, der einem der Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht entzieht, ändert - wie bereits erörtert - mit seiner Rechtskraft die vertraglichen Beziehungen der Gesellschafter.

Indessen liegt keine Rechtskrafterstreckung auf Dritte in dieser allen gegenüber eintretenden Gestaltungswirkung des konstitutiven Urteils, denn es handelt sich lediglich um Tatbestands- oder Reflexwirkungen, welche an den Urteilsspruch in Bezug auf Rechtsverhältnisse Dritter geknüpft sind. Die Gestaltungswirkung ist die von der mate-

(1) Im übrigen vgl. 7 ff

(2) Baumbach-Duden 13. Aufl., § 140 Anm. 3; RG 122/315; Baumbach-Duden § 117 Anm. 4; Hueck Recht der OHG S.109 und hier S. 124

riellen Rechtskraftwirkung verschiedene Rechtsänderung als bestimmungsmäÙe Folge eines nur formell rechtskräftigen Gestaltungsurteils ⁽¹⁾. Das materielle Recht auf Rechtsänderung wird von der Rechtskraft des Urteils nicht umfasst. Durch das stattgebende Urteil wird es verwirklicht und erlischt ⁽²⁾. Für seine rechtskräftige Feststellung ist neben dieser gestaltenden Wirkung weder Raum noch Bedürfnis ⁽³⁾.

Räumt man nun jedem einzelnen Gesellschafter ein selbständiges Klagerecht ein, so führt dies dazu, dass in einem späteren Prozeß anderer Gesellschafter das erkennende Gericht nicht an die Feststellungen eines abweichenden Urteils gebunden wäre und in seiner Entscheidung zu einem abweichenden Ergebnis kommen könnte, selbst wenn die gleichen Tatsachen wie zum Schluss der mündlichen Verhandlung in dem vorausgegangenen Verfahren vorgetragen werden. Dies würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Sieht man den Funktionswert der Abberufungsvorschrift (§§ 117 und 127 HGB) unter anderem aber darin, zweifelsfreie Verhältnisse zu schaffen, so läuft eine derartige Auslegung dieser Aufgabe zuwider. Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander könnte nämlich durch stattgebenden Urteilsspruch der Gesellschaftsvertrag im Sinne der begehrten Entziehung umgestaltet sein, während im Verhältnis der Parteien des Vorprozesses rechtskräftig

(1) Hierüber herrscht allerdings Streit; Weitere Einzelheiten hierzu S. 129/130 mit Literaturangaben und Fußnoten.

(2) Daher schliessen sich Rechtskraftwirkung und Gestaltungswirkung begrifflich aus. Schönke-Schröder-Niese § 70 II; Rosenberg § 87 I besonders 3; abweichend Lent-Jauernig im Gegensatz zu den vorausgegangenen Auflagen erkennt die Bearbeitung von Jauernig zwar an, dass Feststellung und Gestaltung sich begrifflich ausschließen (§ 65 I 3), Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung ist aber nach dieser Auffassung das materielle Recht auf Rechtsänderung. Diese Meinung teilt Dölle ZZP 62/ 292. Sie unterstreicht die im Text vertretene Ansicht. Die hervorgehobenen Bedenken gelten dann nicht nur für das abweisende sondern auch für das zusprechende Urteil.

(3) Anders allerdings das sachlich abweisende Urteil. Vgl. Rosenberg § 146 II 2; § 151 II 2; § 87 I 3.

festgestellt ist, dass eine solche Änderung nicht verlangt werden darf ⁽¹⁾. Dieses fragwürdige Ergebnis ist ein Zeichen dafür, dass der Prozeß nicht unter den richtigen Parteien ausgetragen worden ist. Da die hier in Rede stehenden Klagen die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen allen Gesellschaftern zum Ziele haben, können auch nur alle vertragstreuen Gesellschafter gemeinschaftlich prozeßführungsbefugt sein. Dies ergibt sich daraus, dass das materielle Recht auf Rechtsänderung auch nur allen gemeinsam zusteht. Die Auffassung Böhm's ist daher auch aus diesen Gründen nicht zu billigen. Es muss vielmehr für Klagen, die sich aus §§ 117, 127 HGB auf die Umgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen den Gesellschaftern richten, die Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter verlangt werden. Solange dies nicht der Fall ist, bleibt der Klage der Erfolg versagt.

(1) Breit hält für den Fall der Auflösungsklage eine Klage einzelner Gesellschafter schlechthin für undenkbar - JR 1926/775 - sofern die übrigen nicht schon vorher zugestimmt haben. Seiner Auffassung, dass Klagen aus §§ 140, 133 im Grund nicht wirkliche Gestaltungsklagen sind, kann allerdings nicht beigetreten werden

II. Die Rechtspflicht zur Mitwirkung

Steht nunmehr fest, dass die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht nur von allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich erhoben werden kann, so rückt damit die Frage, ob es der freien Entschliessung eines einzelnen Gesellschafters überlassen bleiben darf, an dieser Klage mitzuwirken, in den Mittelpunkt der Erörterung.

1.) Vertragliche Bestimmungen.

Weniger schwierig ist die Sachlage dann zu beurteilen, wenn im Gesellschaftsvertrag für diesen Fall eine besondere Regelung getroffen worden ist. Es besteht kein Zweifel, dass derartige Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag zulässig sind. Die Bestimmungen der §§ 117 und 127 HGB enthalten nachgiebiges Recht ⁽¹⁾. Die Meinungen, in welchem Umfang und in welcher Weise dieses Recht abänderbar ist, gehen allerdings weit auseinander.

So hält Hueck ⁽²⁾ jede Abänderung, auch den völligen Ausschluss der Bestimmung für zulässig, während Ritter (§ 117 Anm. 4) jede Abschwächung des Entziehungsrechts für unzulässig hält. Das

(1) Vgl. Hueck Recht der OHG S. 11⁴;
Baumbach-Duden § 117 Anm. 5, § 127 Anm. 1
Geßler-Schlegelberg § 127 Anm. 1.

(2) Am angegebenen Ort.

Reichsgericht (1), Weipert (2), Flechtheim (3) sowie Staub (4) halten den völligen Ausschluss des Entziehungsrechts für unzulässig.

Eine Vereinbarung, in welcher sich die Gesellschafter zur Mitwirkung bei Klagen nach § 117, 127 HGB ausdrücklich verpflichten, muss aber für zulässig gehalten werden, da sie nicht auf eine Erschwerung oder gar auf den Ausschluss der Rechte aus den genannten Vorschriften, sondern auf eine Erleichterung der praktischen Durchsetzbarkeit hinausläuft. Eine solche Verpflichtung braucht nicht ausdrücklich aus dem Gesellschaftsvertrag hervorzugehen. Sie kann sich auch aus anderen Bestimmungen im Wege der Auslegung ergeben.

Diesen Sinn hat z.B. auch die Vertragsklausel, dass zur Erhebung der Entziehungsklage ein von der Mehrheit der Gesellschaft gefasster Beschluss ausreichend sein soll. Die Gesellschafter nehmen dadurch die Verpflichtung auf sich, auch für den Fall, dass sie bei der Beschlussfassung überstimmt werden, bei der Klageerhebung mitzuwirken (5).

(1) in JW 1935 S. 696

(2) § 117 Anm. 8 u. 9 in RGR-Komm. z.HGB

(3) § 117 Anm. 3 bei Düringer-Hachenburg

(4) § 117 Anm. 5

(5) Geßler-Schlegelberger § 127 Anm. 7;

Weipert in RGR-Komm. zum HGB § 127 Anm. 15;

Wieland I S 575, Hueck Recht der OHG S.115.

Eine vertragliche Vereinbarung, nach welcher schon die Mehrheit der Gesellschafter auf einen entsprechenden Beschluss hin, ohne Mitwirkung der überstimmten Gesellschafter, berechtigt sein soll, die Klage zu erheben, ist gleichfalls als zulässig anzusehen⁽¹⁾. Im Schrifttum findet diese Einzelmeinung, die eine praktisch brauchbare Lösung bietet, nicht die verdiente Beachtung und Anerkennung. Die Bedenken, die sowohl Hueck⁽²⁾ als auch Baumbach-Duden⁽³⁾ gegen eine solche Vereinbarung erheben, treffen nicht den Kern der Sache. Hueck meint, die Klageerhebung durch alle übrigen Gesellschafter sei eine vom Gesetz bestimmte Voraussetzung der gerichtlichen Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag könne darüberhinaus nicht die Zuständigkeit des Gerichtes erweitern. Es ist aber nicht an sich unzulässig, durch vertragliche Vereinbarungen Bestimmungen des dispositiven Rechts derartig zu erweitern, dass ein von diesem sonst nicht erfasster Bereich dem Gericht zur Nachprüfung unterbreitet werden kann.

Im Falle der §§ 117, 127 HGB ist die Frage, ob die Mitwirkung aller Gesellschafter bei der Klage geboten ist, aber nicht nur eine materiellrechtliche Frage, sondern zugleich auch die Frage nach der Zulässigkeit des Verfahrens. Aus der vorstehenden Unter-

(1) Diese Auffassung scheint Weipert zu § 127 Anm. 15 zu vertreten, während er für den gleichen Fall der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis bei § 117 Anm. 13 keine klare Stellung bezieht.

(2) Recht der OHG 119. Fußnote 123.

(3) Vgl. § 117 Anm. 2 a.

suchung ergibt sich, dass die Klage nicht nur unbegründet sondern schon unzulässig ist, sofern nicht alle Gesellschafter mitwirken ⁽¹⁾. Darin ist Hueck zuzustimmen. Jedoch darf daraus nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, die erörterte Vereinbarung sei unzulässig. Hierzu muss vielmehr geklärt werden, in welcher Weise alle Gesellschafter mitwirken müssen.

Genügt auch eine Willenserklärung vor dem Prozess, so erschöpft sich unter Umständen das Erfordernis der Mitwirkung in dieser vertraglichen Vereinbarung.

Die Unzulässigkeit des Verfahrens folgt aus der mangelnden Prozessführungsbefugnis des Einzelnen oder einer Gruppe der Gesellschafter.

In der Zusicherung, dass schon die Mehrheit der Gesellschafter berechtigt sein soll, von sich aus die Klage zu erheben, liegt die schon bei Vertragsabschluss gegebene Zusicherung der überstimmten Gesellschafter, sich dem Mehrheitsbeschluss zu beugen, das Ergebnis des Verfahrens künftig anzuerkennen und die Mehrheit zur Klageerhebung im eigenen Namen zu ermächtigen. Eine derartige Ermächtigung verdient als gewillkürte Prozeßstandschaft, wie dies noch im weiteren Verlaufe der Untersuchung darzulegen sein wird, Anerkennung ⁽²⁾, weil damit auch der Ermächtigende der Rechtskraftwirkung des Urteils unterworfen ist. Denn in diesem Falle wird auch aus seinem Recht geklagt, ohne dass er selbst freilich Verfahrensbeteiligter im engeren Sinne ist. Für den Fall der Auflösungsklage ist die Zu-

(1) Vergl. S. 14, 131

(2) Vergl. S. 133

lässigkeit dieses Vorgehens durch die Rechtsprechung gesichert ⁽¹⁾. Die Auflösung durch Urteil ist nicht etwa deswegen vorgesehen, weil wie bei der Ehescheidung aus Gründen des öffentlichen Interesses die Verfügungsmacht der Parteien eingeschränkt werden sollte, sondern um im Interesse der Rechtssicherheit zu verhindern, dass über die Frage, ob die OHG aufgelöst ist oder nicht, Zweifel bestehen ⁽²⁾. Die Rechtssicherheit ist aber gewahrt, wenn die am Prozeß nicht teilnehmenden Gesellschafter sich bindend mit der Auflösung einverstanden erklärt haben. Es liegt dann kein Grund vor, sie gegen ihren Willen in den Prozeß hineinzuziehen ⁽³⁾. Die gleichen Gründe gelten ohne Ausnahme für die Entziehungsklagen nach §§ 117, 127 HGB, die gesetzlich ebenso ausgestaltet sind, wie die Auflösungs- und Ausschliessungsklage nach §§ 133, 140 HGB und eine viel weniger tief einschneidende Maßnahme darstellen.

-
- (1) Vgl. BGH in BB 1958, S. 213
RG 106/169; Hueck Recht der OHG S. 274;
Wielandt S. 675.
- (2) Hueck OHG S. 274 (-allein dieser Funktionswert der Bestimmungen ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung -) ferner S. 59 und 270.
- (3) Vgl. auch für die Ausschliessungsklage
Hueck Recht der OHG S. 326 .

2.) Gesetzliche Grundregeln

Besteht nun auch dann ein Ausgroom auf Mitwirkung gegen den sich weigern den Gesellschafter, wenn der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall besondere Vereinbarungen nicht vorsieht?

An einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt es. Aus § 114 HGB lässt sich eine Pflicht, bei der Klage mitzuwirken, jedenfalls nicht herleiten. Diese Bestimmung regelt lediglich die Verpflichtung der Gesellschafter zur Geschäftsführung. Den Kreis der hiernach den Gesellschaftern obliegenden Handlungen und Verpflichtungen bestimmt § 116 Abs. 1 HGB. In ihm fallen nur Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Bei der Klage auf Entziehung der Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis handelt es sich aber um eine Änderung der vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft. Deshalb verlangt das Gesetz die Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter ohne Rücksicht darauf, ob diese im einzelnen Falle geschäftsführungsbefugt sind oder nicht ⁽¹⁾.

Auch § 105 Abs. 2 HGB gewährt selbst in Verbindung mit § 705 BGB keinen unmittelbaren Anspruch auf Mitwirkung. Anderer Auffassung ist hier anscheinend Karger ⁽²⁾. Es sei nur erforderlich, so führt er aus, nachzuweisen, dass die Erreichung des gemeinsamen Zweckes der Gesellschaft allein durch die Abberufung eines bestimmten Geschäftsführers

(1) Vgl. Hueck Recht der OHG S. 107, Weipert in RGR-Komm. § 117 Anm. 25; Schieglberger-Geßler § 117 Anm. 11, Baumbach-Duden § 117 Anm. 1 D.

(2) DJZ 1928 Spalte 1074

gefördert wird, die Nichtabberufung das Wohl der Gesellschaft gefährde.

Diese knapp auf den Wortlaut des Gesetzestextes zugeschnittene Formulierung zeigt, dass selbst Karger den Anspruch jedenfalls nicht unmittelbar aus den genannten Bestimmungen, sondern aus den Wirkungen des dort programmatisch festgelegten Grundsatzes herleiten will.

Unzweifelhaft hält dieser Grundsatz die Gesellschafter zur Mitwirkung an, soweit es um Zwecke geht, die innerhalb des Rahmens liegen, der die Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvertrag festgelegt haben ⁽¹⁾.

Das besondere Problem liegt aber hier in der Frage, ob diese sich erst aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Pflicht so weit geht, dass von einem Gesellschafter, der sonst seine Pflichten getreulich erfüllt, unter gewissen Umständen selbst die Zustimmung zur Abänderung der vertraglichen Grundlage der Gesellschaft verlangt werden kann.

Urteile aus §§ 117, 127 HGB haben gestaltende Wirkung. Sie ändern den Gesellschaftsvertrag. Das Begehren nach Mitwirkung ist letztlich das Verlangen, einer Vertragsänderung zuzustimmen.

Der Beitrag Kargers beleuchtet daher wohl den grundsätzlichen Ansatzpunkt der systematischen Rechtfertigung einer Mitwirkungsverpflichtung, führt aber im Ergebnis nur bis in das Vorfeld

(1) Die Frage, ob der sich im einzelnen Falle aus diesem Grundsatz ergebende Rechtszwang lediglich Anreizungstatbestand mit Verlustandrohung, Obliegenheit oder Verbindlichkeit ist, soll hier zunächst zurückgestellt werden.

der eigentlichen Problematik.

Aber auch hier gehen die Meinungen bereits stark auseinander.

Mehr oder weniger verwenden die Gegner des Mitwirkungsanspruchs Erwägungen, die dem Streit um die Mitwirkungspflicht des einzelnen Gesellschafters bei der Ausschliessungsklage nach § 140 HGB entlehnt sind. Parallelen hierzu sind allerdings unverkennbar. Sie bestehen zunächst darin, dass es hier wie dort an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt. Unverkennbar ist auch das Verlangen nach Mitwirkung bei der Ausschliessungsklage wie im vorliegenden Falle letztlich das Begehren, an der Änderung der vertraglichen Grundlage mitzuwirken. Dennoch ist bei der Übertragung der auf den Fall der Ausschliessungsklage zutreffenden Argumente Vorsicht geboten.

Ein bedeutsamer Unterschied ergibt sich nämlich daraus, dass die Ausschliessung und folglich auch die Mitwirkung bei der Ausschliessungsklage dann nicht verlangt werden darf, wenn durch zumutbare andere Massnahmen Abhilfe geschaffen werden kann. Ein solcher Ausweg kann aber insbesondere in der Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht liegen, wenn die Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit von der Geschäftsführung ausgeht ⁽¹⁾.

Die Interessenströmungen sind dementsprechend anders abgestuft, anders zu bewerten und anders einzuordnen.

(1) Vgl. RG in LZ 32/1144 RG 146 188 OGHZ 1/39 BGH in Betriebsberater 1955/1038, Baumbach-Duden § 140 Anm. 1 A; Hueck Recht der OHG S. 323; RG 146/180; Lehmann Gesellschaftsrecht Berlin 1949 S. 119; Geßler-Schlegelberger § 140 Anm. 6; Weipert in RGR-Komm. § 140 Anm. 8.

Ob es nach der Interessenlage aber wünschenswert ist, den zur Klageerhebung entschlossenen Gesellschaftern einen Anspruch auf Mitwirkung gegen den sich Weigernden überhaupt zu gewähren, hängt von dieser Bewertung ab.

3.) Interessenlage

Es kommt daher darauf an, über welche Interessen bei der Anerkennung oder Ablehnung des Mitwirkungsanspruchs entschieden werden muss.

Das soll zunächst dargestellt werden. Mit welchem Ergebnis darüber entschieden werden muss und welche Gründe dafür massgebend sind, ist nur einem Vergleich vorhandener Grundsatzregelung des Gesetzgebers mit dem vertraglich festgelegten privat-autonomen Grundsatzentscheidungen der Vertragspartner zu entnehmen.

Da vielfach gesetzliche oder vertragliche Normen einen bestimmten typischen Interessengegensatz auf Grund einer sozialen Bewertung zu schlichten bezwecken ⁽¹⁾, kann man den Sinn der Vorschrift nur ermitteln, indem man den Bewertungsvorgang nachdenkt, der zu dieser Lösung geführt hat.

Das geschieht dadurch, dass die Interessengegensätze herausgestellt und bewertet werden. Bevor dieser Erörterung Raum gegeben wird, ist eine kurze Darlegung darüber erforderlich, was im Nachfolgenden unter Interesse verstanden werden soll.

(1) vgl. Flume S. 223, 159, Raiser; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit S. 119/120 a.O. Wieacker. Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen S. 9, 13 a.O.

Böhmer 2. Buch, 1 Abtlg. S. 195
Lehmann, Allgem. Teil § 8 II 1

Wenn eingangs in Anlehnung an die wissenschaftliche Lehre der Interessen- oder Wertungsjurisprudenz ⁽¹⁾ die These aufgestellt wurde, dass Rechtsnormen dem Interessenschutz dienen, so darf hieran angeknüpft werden.

Diese Lehre begreift die Gesetze als Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringender Interessen materieller, nationaler, religiöser oder ethischer Richtung ⁽²⁾.

Bei diesem umfassenden Inhalt kann Interesse nicht mit rein wirtschaftlichen Bedürfnissen gleichgesetzt werden. Es geht letztlich darum, dem einzelnen Rechtsgenossen eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Freiheit zu gewährleisten und dabei die Freiheit anderer möglichst nicht anzutasten ⁽³⁾.

Interesse ist daher eine Begehrensdisposition. Der Begriff des Begehrens ist aber komplex. Er ist auf Umsetzung der blossen Vorstellung des Idealzustandes in die Wirklichkeit ausgerichtet und erhält damit ein voluntatives Element.

Die unumschränkte Willensherrschaft würde die Verwirklichung eines jeden Bedürfnisses zulassen.

(1) vgl. hierüber die ausführliche Zusammenfassung bei Böhmer, 2. Buch, 1. Abtlg. S. 190 ff, im übrigen auch Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz Arch.Ziv.Pr.112, 1-318.

(2) Heck aaO S. 17

(3) Wieacker: Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen S. 9 sieht die Aufgabe der Rechtsordnung in der Vorsorge für ein menschenwürdiges Dasein des Einzelnen. Diese aus dem modernen Begriff des Rechtsstaates abgeleitete Aufgabe (vgl. auch Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S.105, S. 131, Böhmer 2. Buch 1.Abtlg. S. 222, 223) steht nicht zu der im Text wiedergegebenen Auffassung im Gegensatz, sondern geht noch über sie hinaus.

Unter Interesse im Rechtsinne kann man daher wohl nur das Begehren nach Willensherrschaft zur Bedürfnisbefriedigung begreifen ⁽¹⁾.

In diesem Sinne soll Interesse im folgenden verstanden werden.

Es ist unverkennbar, dass hiernach die Interessen des von der Geschäftsführung oder Vertretungsmacht Abzuberufenden den Interessen der Gruppe von Gesellschaftern zuwiderlaufen, die diese Maßnahme verlangen.

a) Für den Abzuberufenden ist sie deswegen so bedeutsam, weil sie nicht nur tief in seine Rechte, sondern auch in seine Lebensgestaltung eingreift. Er kann, weil er mitunter nicht nur einen grossen Teil seines Vermögens, sondern auch sein gesamtes berufliches Leben der Gesellschaft gewidmet hat, durch die Abberufung seine Lebensaufgabe, sein Ansehen und die Möglichkeit, sein investiertes Vermögen zu verwalten, verlieren. Die übrigen Gesellschafter bestimmen nunmehr die Geschicke der Gesellschaft, soweit sie in den Kreis der täglichen Geschäfte nach § 116 HGB fallen, allein. Schwerwiegend ist der Eingriff vor allem dann, wenn der Abzuberufende über besondere auch für die Gesellschaft wertvolle Kenntnisse verfügt. Dann kann es unter Umständen im Interesse des Unternehmens und selbst der klagenden Gruppe liegen, dass er auch weiterhin seine Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung stellt. Indessen ist der betroffene Gesellschafter mit der Abberufung als Geschäfts-

(1) vgl. die Formulierung des subjektiven Rechts bei Enneccerus-Nipperdey § 71 II und Lehmann Allg. Teil § 10 IV.

führer nicht von jeglicher Tätigkeit abgeschnitten, wie Hueck ⁽¹⁾ fälschlich meint. Mitunter bleiben vielseitige Möglichkeiten offen, vor allem bei Gesellschaftern mit technischer Vorbildung, ohne Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsbefugnis weiter zum Wohle des Ganzen zu wirken und sich unmittelbar selbst über die weitere Entwicklung zu unterrichten. Es ist denkbar, ihm von Fall zu Fall einzelne Aufgaben zu übertragen und Vertretungsmacht einzuräumen. So kann die besondere Verhandlungsgewandtheit eines abberufenen Gesellschafters der Gesellschaft noch dienstbar gemacht werden, wenn er als weisungsgebundener Vertreter der geschäftsführungsbefugten Gesellschaft tätig bleibt. Bei einer mehrgliedrigen Geschäftsführung kann es den Bedürfnissen entsprechen, ihn auch weiterhin beratend ohne Stimme oder eigene Entscheidungsbefugnis in der Geschäftsführung zu belassen.

Der Abzuberufende ist aber, auch wenn für eine derartige Weiterverwendung kein Raum ist, den übrigen Gesellschaftern nach seiner Abberufung nicht bedingungslos ausgeliefert. Es bleiben ihm gemäss § 118 HGB die Kontrollrechte, wie sie jedem Gesellschafter zustehen, der nicht zur Geschäftsführung berechtigt ist.

b) Das Interesse der Gruppe der Gesellschafter, welche die Abberufung verlangen, kann vielgestaltig auftreten. Die mit ihrer Stellung in der Gesellschaft verbundene unbeschränkte persönliche und direkte Haftung für die Schulden der Gesellschaft bringt dies mit sich. Für die im Namen der

(1) Recht der OHG S. 105/106

Gesellschaft von dem Abzuberufenden abgeschlossenen Geschäfte müssen sie eintreten, mögen sie die Tätigkeit billigen oder nicht. Darüberhinaus ist es ihr besonderes Anliegen, dass die gemeinschaftliche Arbeit erfolgreich verläuft und nicht etwa zu Einbussen an den bereits investierten Vermögenswerten führt.

Da die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft ihrem personenrechtlichen Verband nach auch Arbeitsgemeinschaften sind, können ständige Reibereien in der Geschäftsführung und auch wohl ausnahmsweise schwere persönliche Beleidigungen eine Abberufung geboten erscheinen lassen. Schliesslich haben die gleichfalls in der Geschäftsführung tätigen Gesellschafter einen Anspruch auf gerechte Arbeitsteilung, insbesondere, wenn die Tätigkeit als Geschäftsführer mit einer besonderen Vergütung verbunden ist. Häufig wird ein Versagen in diesem Zusammenhang nicht ohne Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit bleiben und so die Bedeutung der hervorgehobenen Umstände für die aufgeworfene Frage nachdrücklich unterstreichen.

Die Entziehung ist umso notwendiger geboten, als eine Wiederholung des Verhaltens zu befürchten ist, das den wichtigen Grund zur Entziehung geliefert hat. Es kann aber auch für diese Gruppe wünschenswert sein, sich die fernere Mitarbeit des Abzuberufenden zu sichern. Je nachdem werden lediglich die Entziehung der Vertretungsmacht oder der Geschäftsführungsbefugnis oder andere mildere Massnahmen geboten erscheinen ⁽¹⁾, die eine weitere Tätigkeit gestatten.

(1) Dies ist möglich, vgl. Wieland § S.575, Hueck Recht der OHG S.110, die diese Frage zutreffend bejahen, weil der Gesellschafter zur Geschäftsführung nicht lediglich berechtigt, sondern auch verpflichtet ist.

c) Auch der sich der Klageerhebung widersetzen-
de Gesellschafter kann beachtliche Gründe für
seine Weigerung haben. Er kann das fachliche Kön-
nen des Abzuberufenden für das weitere Wohl der
Gesellschaft so hoch einschätzen, dass er ge-
willt ist, eine einzelna Verfehlung dafür in
Kauf zu nehmen und unter Umständen selbst wenn
Wiederholung zu besorgen ist. Er kann mit Recht
die Auffassung vertreten, dass es gangbare Wege
gibt, Wiederholungen vorzubeugen, ohne den Ver-
tragsuntreuen von der Geschäftsführung und von
der Vertretungsmacht auszuschliessen.

Hier ist vor allem daran zu denken, dass bei grös-
seren Gesellschaften eine strenge Arbeitsteilung
und Abgrenzung der Teilgebiete möglich und meist
förderlich ist. Eine genaue Begrenzung der Teil-
gebiete würde die Wiederholungsgefahr schwerer
persönlicher Reibereien erheblich vermindern.
Andererseits erscheint es natürlich nicht ausge-
schlossen, dass sodann häufig darüber Streit ent-
steht, ob eine bestimmte Aufgabe in das Arbeits-
gebiet des einen oder anderen Geschäftsführers
fällt.

Hat ein Geschäftsführer etwa durch unverständiges
und zu beanstandendes Verhalten gegenüber Ge-
schäftspartnern den Erfolg der gemeinsamen Arbeit
gefährdet, so kann die Möglichkeit bestehen, ihm
zukünftig ein Tätigkeitsfeld nur innerhalb des
Betriebes zuzuweisen.

Endlich kann der Widerstrebende die Auffassung
vertreten, dass kein wichtiger Grund vorliege,
und dass der Prozess für die Kläger einen ungün-
stigen Ausgang nehmen werde. Auch dies ist anzu-
erkennen, da die Kosten beträchtlich sein können,
weil der Streitwert häufig genug nicht unbedeu-
tend sein wird. Außerdem kann durch den Prozess
das Klima in der Gesellschaft weiter verschlechtert
werden.

Da ein schuldhaftes Verhalten für die Entziehung nicht erforderlich ist, mag er vielleicht eher geneigt sein, gewisse einmalige Verluste für die Gesellschaft und für sich selbst hinzunehmen, wenn er nur den Auszuschliessenden auch hinfür für die Geschäftsführung verantwortlich weiss, weil dieser aus sachlichen oder persönlichen Gründen sein besonderes Vertrauen genießt. Dieser Gesichtspunkt kann vor allem für die nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft oder für die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft im Vordergrund stehen.

Schließlich kann die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Betroffenen sogar ausschlaggebend für den Entschluss des Widerstrebenden gewesen sein, der Gesellschaft beizutreten.

Auch besondere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages können seine Entscheidung massgeblich beeinflussen, wenn die Abberufung nach dem Gesellschaftsvertrage Folgen auslöst, von denen er selbst nachteilig betroffen ist.

Nicht selten ist bei einem Familienunternehmen, das sich nach Erbgängen in Stämmen aufgespalten hat, eine Vereinbarung, dass jeweils ein Angehöriger eines jeden Stammes Geschäftsführer der OHG sein soll, während die übrigen von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind.

Handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, so sind die von der Vertretung und Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter in der Regel Kommanditisten. Wird hier die Abberufung verlangt, so kann dies mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Bei

älteren und bedeutenden Unternehmen wird nicht selten schon frühzeitig auf die Nachfolge in der Gesellschaft bei der beruflichen Ausbildung Rücksicht genommen. Der bisherige Geschäftsführer kann daher sehr wohl der einzig fachlich Geeignete des betroffenen Familienstammes sein. Um diese Lücke zu schliessen, wird niemand gern unter Umständen noch in gereiftem Alter einen Berufswechsel vornehmen wollen.

Andererseits gibt es aber fast immer triftige Gründe, die Geschäftsführung nicht einem der beteiligten Stämme allein zu überlassen.

Auch wenn er etwa durch eine Zustimmung und Mitwirkung bei der Klage seinen eigenen Ausschluss vorbereiten würde oder die Gefahr besteht, dass er nach den Bestimmungen des Vertrages fortan lediglich als Kommanditist in der Gesellschaft verbleiben könnte, wird er sich nur schwer zur Mitwirkung entschliessen.

Diese Gefahr ist vor allem bei gekoppelten Beteiligungsverhältnissen gegeben, wie sie nicht selten bei der Kommanditgesellschaft vorkommen.

Soll in einer mehrgliedrigen Gesellschaft jeder der Gesellschafter die Möglichkeit haben, seinen Nachfolger (Kinder oder Ehefrau) in der Gesellschaft zu beteiligen, so sieht der Gesellschaftsvertrag in der Regel neben dem Anteil des vollhaftenden Gesellschafters einen Kommanditanteil vor. Um das Gleichgewicht der Stimmenverhältnisse zu sichern, kann dieser Anteil derart an die Beteiligung des zugehörigen Komplementärs und der übrigen Kommanditisten gebunden sein, dass beim Ausscheiden eines Kommanditisten die anderen ebenfalls ausgeschlossen werden.

Kann nun der abberufene Komplementär künftig nur als Kommanditist in der Gesellschaft verbleiben, so führt die Abberufungsklage zu weitreichenden vertraglichen Änderungen, vor allem dann, wenn bestimmt ist, dass der Kommanditist des damit gekoppelten Kommanditanteils auszuscheiden hat, weil die Zahl der Kommanditisten beschränkt bleiben soll.

Endlich kommen auch rein subjektive Gesichtspunkte, wie etwa eigene Verfehlungen, die er sich entgegenhalten lassen müsste oder verwandtschaftliche Beziehungen zu dem betroffenen Gesellschafter in Betracht.

Diese Vielzahl von Beweggründen unterschiedlichen Gewichts lassen erkennen, dass es nicht einfach ist, die Frage, welchen Interessen in diesem Widerstreit der Vorzug zu geben ist, ein für allemal zu entscheiden.

d) Selbständige Interessen der Offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft sind gleichfalls denkbar.

Es wäre ein Fehlschluss, dies zu verneinen, weil die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft nicht selbständige Rechtspersönlichkeit besitzen und folglich auch nicht Träger von Rechten und Pflichten sein können (1)

(1) Es ist nicht möglich und auch nicht notwendig, die Rechtsnatur der OHG und der KG hier grundsätzlich zu klären. Es herrscht über vieles Streit. Die im Text folgende Auffassung, dass sie Gesellschaft ist, ist ganz herrschend. Vgl. Wieland I, S. 387 - 516; Kohler, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person in ZHR 74/ 456; Karl Lehmann: Entgegnung auf Kohler in ZHR 74/463; 78/306; Hueck, Recht der OHG S. 20.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt den Begriff der Gesellschaft selbst nicht näher. Da in § 105 Abs. 2 HGB ausdrücklich ergänzend auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts verwiesen wird, darf man davon ausgehen, dass hier der Gesellschaftsbegriff des BGB zugrunde gelegt ist.

Danach ist die Gesellschaft eine Vereinigung von Personen, die sich gegenseitig verpflichtet haben, ihre Bestrebungen, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen, in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Darin treffen die Interessen aller Gesellschafter zusammen. Diese Gemeinschaftlichkeit in der Zielsetzung darf aber nicht dazu verleiten, die Tatsache zu übersehen, dass die Auffassungen, wie dieses Ziel zu erreichen ist, nicht nur in Tagesfragen, sondern auch in Grundsatzfragen sehr unterschiedlich sein können ⁽¹⁾. Dieser Gegensatz wird für die Geschäfte, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 116 Abs. 1 HGB) durch die Geschäftsführung gelöst, soweit ihre Befugnisse reichen.

Für alle anderen Geschäfte sind Gesellschafterbeschlüsse massgebend, besonders wenn die Grundlagen der Gesellschaft betroffen sind. Auf diesen

(1) Das übersieht auch Böhrner, 2. Buch 1. Abtlg. S. 197 nicht bei seinem Vorwurf, dass die Vorstellung eines "logischen Interessenstreits" sich schwer mit der Anerkennung echter Gemeinschaftsverhältnisse vereinbaren lasse. Seine Unterscheidung in Interessenrechte und Pflichtrechte in Gemeinschaftsverhältnissen zeigt nämlich, dass die Vorstellung des Gegensatzes auch hier nicht zu verdrängen ist. Auf diese Unterscheidung wird später im Text eingegangen.

zwei Wegen wird aus den Gegensätzen unter den Gesellschaftern eine Synthese gebildet, die ein einheitliches Verhalten der Gesellschaft im Rechtsverkehr und eine einheitliche Verwaltung des gesamthänderisch gebundenen Vermögens gewährleistet.

Die zu dieser Synthese noch fortdauernden Interessengegensätze der Gesellschafter bleiben nunmehr als gegen die Gesellschaft bestehende Gegensätze erhalten (1).

Anders lässt sich die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft praktisch nicht erreichen. Das Gesetz trägt dem Rechnung, indem es die Wege vorschreibt, auf welchen sich die Feststellung der Bedürfnisse der Gesellschaft im Streitfalle vollzieht (§§ 116, 119 HGB). Damit ist der Funktionswert dieser Bestimmungen, soweit er in diesem Zusammenhang von Belang ist, gekennzeichnet.

Außer diesen "statuierten" Interessen finden sich noch andere der Gesellschaft als Rechtsinstitut eigentümliche. Sie ergeben sich aus den vertragstypischen Bedürfnissen.

Der Gesellschaftsvertrag ist für längere Zeit berechnet und erfordert Bestand für seine vorausgesetzte Dauer. Grundsätzliches Bedürfnis einer jeden Gesellschaft ist daher der Bestandsschutz

(1) Man braucht in diesem Zusammenhang nur an die unterschiedliche Auffassung der Gesellschafter darüber denken, ob der Gewinn des verflossenen Geschäftsjahres ausgeschüttet oder stattdessen investiert werden soll. Offen zutage tritt dieser Gegensatz in § 110 HGB.

Die gesetzliche Regelung begnügt sich nicht damit, den Bestandschutz allein dem Grundsatz, dass Verträge gehalten werden müssen, zu überlassen. Sie hat versucht, die Gefahrenstellen, an welchen der Konflikt zwischen den Interessen unter den Gesellschaftern oder zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft zu einem vorzeitigen Vertragsende führen könnten, aufzuspüren und mit einer dem Bestandsschutz dienenden Norm vorzubeugen.

Dementsprechend beschneidet das Gesetz überall dort, wo die Einzelinteressen der Gesellschafter den Verband vorzeitig zu sprengen oder zu schädigen drohen, deren Rechte.

Ein solches selbständiges Schutzrecht der Gesellschaft ist z.B. in §§ 112, 113 HGB verankert. Die Möglichkeit, diese Vorschrift als Schutzrecht der Gesellschafter mit nur mittelbarer Funktion für die Gesellschaft zu deuten, schliesst schon der Wortlaut vor allem in § 113 Abs. 4 aus.

Dem Recht des Einzelnen ist dagegen in § 133 HGB der Vorrang eingeräumt. Aber auch hier ist es gestattet, falls eine vertragliche Regelung dafür vorgesehen ist, die Fortsetzung der Gesellschaft unter den Übrigen zu beschliessen (§ 138 HGB).

In § 140 HGB ist wiederum der Bestandsschutz in den Vordergrund gerückt. Hier wird selbst das Ausscheiden eines Gesellschafters in Kauf genommen.

Die Identität der Gesellschafter, sonst regelmässig ein Merkmal, um die Identität der Gesell-

schaft zu ermitteln, wird hier, wenn der wichtige Grund zur Auflösung in der Person eines Gesellschafters liegt, im Interesse des Fortbestandes der Gesellschaft verworfen. Die Identität der Gesellschaft soll nach der dem § 140 HGB zugrunde liegenden Interessenentscheidung auch dann gewahrt bleiben, wenn der Betroffene ausscheidet (1).

Um den Funktionswert der §§ 117, 127 HGB voll zu erfassen, müssen die Interessengegensätze auch auf dieser Ebene noch erörtert werden.

Die Rechtsprechung hat in ihnen einen Sonderfall der Auswirkungen unzulässiger Rechtsausübung angesehen (2). Dieser Auffassung ist nur im Ergebnis beizutreten. Die genannten Bestimmungen räumen die Möglichkeit ein, die Rechte eines Gesellschafters zu beschneiden, wenn er hiervon unzulässig Gebrauch gemacht hat. Darin erschöpft sich aber ihre Bedeutung nicht. Sie dienen unter anderem erkennbar dem Schutz der Gesellschaft. Dies lässt das Verhältnis der Bestimmungen der §§ 133, 140 zu §§ 117 und 127 HGB erkennen. In allen Fällen ist der wichtige Grund

(1) Gudénas S. 15 erblickt in § 140 HGB eine Vorschrift, die dem Schutz des Handelsunternehmens dient. Das macht hier keinen Unterschied. Er scheint aber den Begriff des Unternehmens offenbar unabhängig vom personellen Bestand der Gesellschaft zu halten. Diese Auffassung kann, wie später noch zu erörtern sein wird, nicht geteilt werden; Gudénas begreift folglich aber auch den Bestandsschutz in einem anderen Sinne.

(2) Vgl. OGH 1/38; RG in LZ 32/1144; RG 146/181.

als Voraussetzung der vorgesehenen Folgen nicht näher gekennzeichnet und erscheint damit in allen Bestimmungen zunächst als synonyme Begriff. Daran ändert auch die beispielhafte Aufzählung in §§ 117, 127 HGB nichts, da Unfähigkeit zur Geschäftsführung oder grobe Nachlässigkeit in der Geschäftsführung regelmässig auch ein Auflösungs- und Ausschlussgrund sein würde.

Ohne die genannten Bestimmungen (§§ 117, 127 HGB) würde der wichtige Grund zur Abberufung daher stets die Auflösung der Gesellschaft oder den Ausschluss des Geschäftsführers nach § 140 HGB nach sich ziehen. Auflösung bedeutet Zerschlagung der Gesellschaft. Aber auch die Zwangslage, die Ausschlussklage zu erheben, kann den Bestand der Gesellschaft gefährden.

Der Auszuschliessende hat einen sofort fälligen Anspruch auf Abfindung (§ 140 Abs. II HGB). Das nötigt unter Umständen dazu, erhebliche Mittel zur Unzeit aufzubringen, und dem Vermögen der Gesellschaft zu entziehen ⁽¹⁾. Das ungetreue Verhalten soll aber den Bestand der Gesellschaft nicht gefährden.

Bei Störungen der gesellschaftlichen Zusammenarbeit, die von der Geschäftsführung ausgehen oder auf den Bereich der Vertretungsmacht beschränkt sind, soll die Auflösung oder Ausschluss durch einen andersartigen Rechtsbehelf abgewendet werden.

(1) Wie hier: Wieland Bd. I S. 575 und Weipert § 117 Anm. 7.

Auf dieser Überlegung gründet sich das einseitige Abberufungsrecht.

Diese Schutzfunktion ist auch nicht lediglich unselbständiger Ausfluss einer unmittelbar nur dem Interessenschutz der Gesellschafter dienenden Anordnung. Das Gesetz verlangt die Klage aller übrigen Gesellschafter. Dies scheint, wenn man den Entschluss zur Klageerhebung in den freien Willen der Gesellschafter stellt, zu bedeuten, dass die Verwirklichung des Bestandschutzes davon abhängt, ob die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft noch fortzusetzen wünschen oder nicht. Eine derartige Auffassung spricht für einen nur mittelbaren Bestandsschutz, weil die Entscheidung hierüber den Gesellschaftern auch bei den Klagen aus §§ 133, 140 HGB freisteht ⁽¹⁾.

Zwischen den in ihren Voraussetzungen zunächst im wesentlichen synonym erscheinenden Bestimmungen der §§ 133, 140 und 117, 127 HGB liegt in Wirklichkeit keine Konkurrenz, sondern eine Kollision vor.

Der Anspruch in §§ 117 und 127 HGB schützt nicht nur die übrigen Gesellschafter vor der Untreue und Unfähigkeit des Geschäftsführers und Vertretungsberechtigten, sondern beschneidet zugleich auch ihre Rechte. Konflikte, die mit der Abberufung beseitigt werden können, rechtfertigen weder die Auflösung noch die Ausschliessungsklage. Die Vorschriften über die Abberufung sind gegenüber diesen Klagen die speziellere Regelung, welche

(1) Vgl. Gadéas Göttinger Dissertation 1948 S. 15, der selbst die Vorschrift des § 140 HGB als eine in erster Linie zum Schutz des Unternehmens erlassene Bestimmung mit guten Gründen ansieht.

den Vorrang verdient. Von diesem Funktionswert aus gesehen erfährt die zunächst als synonyme Begriff erscheinende Voraussetzung des wichtigen Grundes in den genannten Vorschriften eine bedeutsame Unterscheidung. Streitfälle, die sich mit dem Institut des Abberufungsrechts beheben lassen, kommen als wichtiger Grund für Klagen aus §§ 133, 140 HGB nicht in Betracht ⁽¹⁾. Für diese Auslegung spricht auch, dass in §§ 117, 127 HGB anders als in § 113 Abs. 4 den Gesellschaftern die Rechte aus §§ 133, 140 HGB nicht ausdrücklich vorbehalten sind.

Diese Einschränkung ihrer Rechte liegt schwerlich immer im Interesse der zur Klage entschlossenen Gesellschafter. Die weitere Zusammenarbeit in der Gesellschaft gestaltet sich fast stets schwieriger. Weil dem Abberufenen seine sonstigen Rechte als Gesellschafter nicht genommen werden können, muss er auch fortan bei Beschlüssen mitwirken. Nicht selten wird er dazu neigen, seine Kontrollrechte im besonderen Masse auszuüben.

Auch ist diese Regelung keineswegs stets im Interesse des Abzuberufenden. Dieser wird nämlich unter Umständen gezwungen, trotz der mit seiner Abberufung als Geschäftsführer verbundenen Beschneidung seiner Rechte weiter in der Gesellschaft zu verbleiben und unter Umständen gegen

(1) Das scheint der systematische Grund auch für die Rechtsprechung, welche zu dem gleichen Ergebnis kommt, wenn sie die Auflösungs- und Ausschlussklagen in diesen Fällen versagt. Vgl. OGH 1/39; RG 164/264. Mit dem Prinzip der Wahl des mildesten Mittels lässt sich dies kaum hinreichend erklären, weil der Richter keine Wahlentscheidung treffen darf, wenn die Voraussetzungen der §§ 133, 140 HGB gegeben sind.

seinen Willen eingebrachte Vermögenswerte der Gesamthand zu belassen.

Stets dient diese Regelung aber der Erhaltung der Gesellschaft.

Bei dieser grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzes in §§ 117, 127 HGB zeichnet sich bereits jetzt schon ab, dass es nicht richtig sein kann, die Entscheidung über die Mitwirkung völlig dem freien Ermessen des einzelnen Gesellschafters zu überlassen.

Bestehen ausser den Interessen der Gesellschaft noch besondere Interessen des Unternehmens? Hierzu ist vorab eine Abgrenzung dieser verschiedenartigen Begriffe erforderlich.

Ob und nach welchen Merkmalen Unternehmen und Gesellschaft unterschieden werden müssen, ist deshalb so schwierig zu entscheiden, weil der Begriff des Unternehmens viel umstritten ist ⁽¹⁾. Für den Begriff des Handelsunternehmens ist dies nicht anders. Giescke ⁽²⁾ kommt zu dem Ergebnis, dass es einen einheitlichen Begriff des Unternehmens in der Rechtsordnung nicht gebe. Dem BGB als Grundlage unseres Privatrechts ist ein einheitlicher Rechtsbegriff des Unternehmens etwa als Träger von Rechten und Pflichten unbekannt ⁽³⁾. Das Sachenrecht bietet für die Einordnung des Unternehmens, das nicht mit der Summe der zu ihm gehörigen Einzelsachen identisch ist, keine Form ⁽⁴⁾. Auch die Institution der Gesamtsache schafft hier

(1) Vgl. Geßler-Schlegelberger 4. Aufl. 1960, § 23 Anm. 1.

(2) Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, Festschrift für E. Heymann zum 70 Geburtstag 1940 S. 192 ff.

(3) Vgl. Wolff-Raiser § 114 I.

(4) Westermann § 2 II 2.

keine Klarheit. Bestehen schon erhebliche Schwierigkeiten, auch die schuldrechtlichen Beziehungen einzuordnen, so entzieht sich der Einfluss der Person des Unternehmers der sachenrechtlichen Erfassung völlig.

Die Untersuchung v. Gierkes ⁽¹⁾ beweist bei kritischer Betrachtung letztlich nur das, was sie widerlegen sollte, dass es nämlich einen einheitlichen Unternehmensbegriff im Zivilrecht nicht gibt ⁽²⁾.

Dies tritt besonders deutlich bei seiner Unterscheidung des Handelsunternehmens im " weiteren " ⁽³⁾ und " engeren " Sinne hervor. Den vom Gesetz verwendeten Ausdruck Handelsgeschäft setzt er dabei dem Handelsunternehmen im engeren Sinne gleich und begreift hierunter ein Sondervermögen. Der Begriff des Handelsunternehmens im engeren Sinne ist daher hier nicht verwertbar, weil er weder die Handelstätigkeit noch die personellen Kräfte, von denen diese Tätigkeit ausgeht, berücksichtigt.

Beim Handelsunternehmen im weiteren Sinne dehnt aber auch v. Gierke den Begriff auf diese beiden Merkmale aus.

Danach weist das Handelsunternehmen drei Merkmale auf: Sondervermögen, Personenverband und Handelstätigkeit. Sie stehen nicht beziehungslos

(1) Das Handelsunternehmen in ZHR 111 Seite 1 ff.

(2) Vgl. hierzu S. 8 u. 14a.a.O.

(3) Vgl. hierzu S. 12/13 a.a.O.

nebeneinander. Die Tätigkeit entfaltet der Personalverband mit Hilfe des Sondervermögens, um dieses für sich zu vergrössern.

Bei den Personengesellschaften des HGB ist indessen die Unterscheidung der Gesellschaft und des Unternehmens wegen der engen personenrechtlichen Bindungen nicht so schwierig. Dies zeigt sich bei der Entstehung und bei der Liquidation.

Die Entstehung der Gesellschaft (KG und OHG) hängt nicht davon ab, dass das Handelsgewerbe tatsächlich bereits betrieben wird ⁽¹⁾.

Es muss nur bezweckt sein. Da aber die Handelstätigkeit ein Merkmal des Unternehmens ist, kann die Gesellschaft bis zur Entfaltung dieser Tätigkeit kein Handelsunternehmen sein. Hat sie aber ihre Arbeit aufgenommen, so bleibt sie fortan bis zur Vollbeendigung mit dem Unternehmen identisch.

Die Personalgesellschaften des HGB sind Arbeitsgemeinschaften. Ihre Gesellschafter sind damit über den Bereich der blossen Vermögensbeteiligung hinaus in den der gewerblichen Betätigung einbezogen. Sämtliche Gesellschafter sind zur Geschäftsführung verpflichtet. Der tätige Einfluss der Gesellschafter ist daher bestimmend für das Unternehmen. So wie die Gesellschaft grundsätzlich auf bestimmte Personen zugeschnitten und ein Mitgliederwechsel ohne Änderung ihrer Identität nicht möglich

(1) Wieland I S 526; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 105 Anm. 11; Hueck § 1, 2p; Schlegelberger § 105 Anm. 8 und Anm. 12; a.A. lediglich Staub § 105 Anm. 11, seine Auffassung darf aber als überholt angesehen werden. Für die Rechtsprechung vgl. RG 112/280.

ist, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen gestattet (1) kann auch die Identität des Unternehmens bei einem Gesellschafterwechsel nicht gewahrt bleiben, weil es durch die Tätigkeit des Einzelnen wesentlich bestimmt wird (2). Bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft kann der Personalverband als Merkmal des Unternehmens wegen der gesamthänderischen Bindung des Sondervermögens nicht losgelöst von dessen weiterem Merkmal, der Handelstätigkeit begriffen werden.

Ob die Handelsgesellschaft als Personalgesellschaft völlig mit dem Handelsunternehmen identisch ist, bedarf im Rahmen dieser Untersuchung keiner abschliessenden Entscheidung. Das Unternehmen kann nicht selbständig Träger von Rechten und Pflichten sein. Interessen des Unternehmens sind daher rechtlich nur insoweit von Bedeutung, als sie mit den Interessen der Gesellschaft identisch sind.

Es soll demgemäss auch im folgenden nicht mehr zwischen Gesellschaft und Unternehmen unterschieden werden.

Eine andere Frage ist, ob sich auch dieser Erweiterung des Vorstellungsbildes der Gesellschaft nicht zusätzlich schutzwürdige Interessen ableiten lassen, die das Verlangen nach Bestandschutz unterstützen. Da das Privatrecht und auch das Handelsrecht einen einheitlichen Rechtsbegriff des Unternehmens nicht kennen, gibt es auch keine gesetzliche Regelung, die das Unternehmen ausdrücklich schützt. Durch den Schutz der anerkannten Rechte, die seine Bestandteile bilden, wird natürlich auch mittelbar das Unternehmen geschützt.

(1) vgl. Hueck § 3 II 1

(2) Westermann § 2 II 2

Soweit gesellschaftsrechtliche Vorschriften der Erhaltung der Gesellschaft dienen, führt dies gleichfalls nur mittelbar zum Schutz des Unternehmens ⁽¹⁾. Etwas anderes gilt auch nicht für §§ 117, 127 HGB. Besondere Schutzfunktionen, ausgerichtet auf das Unternehmen, treten daher nicht zu den bereits erörterten.

Der Wert des Unternehmens ist nicht allein durch die investierten Sachwerte, Forderungen und Rechte bestimmt. Seine Verflechtung in Absatzmärkte, Handelswege, Einkaufsmöglichkeiten und bei stark standortbeeinflussten Erwerbszweigen auch seine Verkehrslage, wirken ebenso wie das Zusammenspiel von Organisation und eingearbeiteter Arbeitnehmerschaft wertbestimmend. Diese Werte wachsen im besonderen Masse mit der Tätigkeit des Unternehmens.

Die Auflösung vernichtet sie meist unwiderbringlich.

Bei der Ausschliessungsklage sind sie in bezügl. Streitpunkt als wertbildender Faktor für den Abfindungsanspruch.

(1) Eine Ausnahme macht hier die Rechtsprechung zu § 823 BGB für den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Er wird als sonstiges Recht anerkannt.
Vgl. RG 48/114, BGH 24/200, 205.

4.) Zweck - Mitteladäquanz der
möglichen Rechtsbehelfe.

Ohne nun zu prüfen, ob die Interessen des einen oder des anderen den Vorrang verdienen, soll zunächst erörtert werden, ob der Anspruch auf Mitwirkung das rechtlich und wirtschaftlich adäquate Mittel ist, die durch die Weigerung des Mitgesellschafters entstandene Störung der Zusammenarbeit innerhalb der Gesellschaft zu beheben oder ob es daneben andere gleichfalls geeignete Mittel gibt, dem Einzelnen und der Gemeinschaft zu ihrem Recht zu verhelfen.

Der das Gesellschaftsrecht beherrschende Grundsatz der gleichmässigen Behandlung aller Gesellschafter soll hierbei besondere Berücksichtigung finden ⁽¹⁾.

a) Die Ausschliessung des Widerstrebenden.

Im Schrifttum ⁽²⁾ wird darauf hingewiesen, dass die zur Klage entschlossenen Gesellschafter beim Vorliegen eines wichtigen Grundes den sich wei-

(1) Vgl. über diesen Grundsatz Otto von Gierke Genossenschaftstheorie S. 237, 253 ff; Wieland Handelsrechts Bd. 2 (1931) S. 198 ff; Raiser ZHR Bd. 111 S. 81 ff; Lehmann Gesellschaftsrecht S. 112; Goetz Hueck S. 35; Kohler "Die Klage auf Zustimmung zum Ausschluss eines Gesellschafters" in NJW 1951 S. 5.

(2) Vgl. Hueck Recht der OHG S. 107; Lehmann Gesellschaftsrecht (2. Aufl.) S. 112; Weipert in RGR-Komm. zum HGB § 127 Anm. 5; GeBler-Schlegelberger § 127 Anm. 6.

gernden Gesellschafter zwar nicht auf Mitwirkung in Anspruch nehmen, aber auf Ausschliessung gegen ihn klagen könnten. Abgesehen davon, ob eine solche Klage überhaupt Aussicht auf Erfolg hätte ⁽¹⁾, ist sie nicht das wirtschaftlich und rechtlich adäquate Mittel, den Interessenkonflikt zu beheben.

Die Bestimmungen über die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht könnten ihren Sinn nicht erfüllen, wollte man ein derartiges Klagerecht gutheissen. Die übrigen Gesellschafter würden gezwungen sein, zur Abfindung des auszuschliessenden Gesellschafters dem Unternehmen Mittel zu entziehen und auf dessen weitere Mitwirkung zu verzichten. Es liegt weder im Interesse der Gesellschaft noch der zur Klage entschlossenen Gesellschafter, das Unternehmen durch einen Ausschluss weiter als nötig zu schwächen.

Der Ausschluss des sich weigernden Gesellschafters liegt schliesslich auch nicht im Interesse des Gesellschafters, welchem die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht entzogen werden soll. Denn zunächst teilt er die Interessen der übrigen Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens, zum anderen ist er aber besonders daran interessiert, dass der Widerstrebende in der Gesellschaft verbleibt, weil dessen Ausschluss die Klage gegen ihn unmittelbar fördert. Er wird daher auch kaum geneigt sein, an einer Ausschliessungsklage der übrigen Gesellschafter mitzuwirken. Dies wäre aber gemäss § 140 HGB erforderlich. So läuft ein solches Ver-

(1) Hierauf weist Lehmann am angegebenen Orte hin.

fahren schliesslich darauf hinaus, dass gegen beide Gesellschafter die Ausschliessungsklage erhoben werden müsste. Eine Verbindung der Ausschliessungsklage gegen den sich Weigernden und der Entziehungsklage gegen den ungetreuen Gesellschafter ist nämlich nicht möglich. Solange gegen einen der beiden Gesellschafter nur die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis betrieben werden soll und er damit beabsichtigt, auch ferner in der Gesellschaft zu verbleiben, muss er gemäss § 140 HGB als Kläger an dem Ausschliessungsprozess teilnehmen.

Entschliesst er sich aber hierzu, so könnte ihm schliesslich der nunmehr mit der Ausschliessung bedrohte, sich weigernde Gesellschafter seine eigene Verfehlung bei der Geschäftsführung entgegenhalten, unter Umständen mit dem Erfolg, dass die Klage auf Ausschliessung abgewiesen werden müsste.

Im Ergebnis führt die Klage auf Ausschliessung des sich weigernden Gesellschafters dazu, dass diesen eine härtere Massnahme trifft, als ursprünglich gegen den ungetreuen Gesellschafter beabsichtigt war. Dieses Ergebnis ist nicht zu billigen ⁽¹⁾. Das Ausschlussurteil schädigt die Interessen aller Beteiligten in einem solchen Übermass, dass sie nicht als ein adäquates Mittel zur Beseitigung der Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit angesehen werden kann. Mit Recht wird daher hervorgehoben, dass der Ausschluss eines Gesellschafters nur als äusserstes Mittel in Betracht

(1) Wie hier: Kohler in NJW 1951 S. 6 Fußnote 11.

komme (1).

b) Auflösung der Gesellschaft.

Nicht anders verhält es sich, wollte man den zur Klage entschlossenen Gesellschaftern wegen der Weigerung eines Mitgesellschafters das Recht geben, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen. Diese Auflösung liegt weder im Interesse des ungetreuen Gesellschafters noch des sich weigern- den Gesellschafters und erst recht nicht im Interesse der zur Klage entschlossenen Gruppe der Gesellschafter. Für diese Gruppe besteht, wie Lehmann ⁽²⁾ zutreffend hervorhebt, die Gefahr, dass sie sich mit ihrer Klage wegen der Bestimmungen in § 138 HGB unter Umständen selbst aus der Gesellschaft ausbooten.

Bei einer erfolgreichen Auflösungsklage treten die mit der Liquidation der Gesellschaft unvermeidlich verbundenen Verluste für alle Beteiligten ein. Das Unternehmen wird, sofern es nicht insgesamt veräußert werden kann, was bei größeren Gesellschaften schwerlich der Fall sein wird, zerschlagen und der Firmenwert (good will) geht verloren. Die in jeder gesunden Gesellschaft gebildeten stillen Reserven sind praktisch kaum in angemessener Höhe zu realisieren. Das weitgehend abgeschriebene Anlagevermögen darf bei der Bewertung nicht ohne weiteres dem restlichen Marktwert gleichgesetzt werden. Der Verwendungswert für die Fertigung

(1) OGH 1/39; RG in LZ 1932/1144 ; RG 146/169, vor allem S. 180; Hueck Recht der OHG S. 323; Geßler bei Schlegelberger § 140 Anm. 6; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 119.

(2) Lehrbuch des Gesellschaftsrechts S. 96.

übersteigt den Restmarktwert bei langlebigen Anlagegütern meist um ein Vielfaches.

Überdies würde der Gesellschafter, der sich in der Geschäftsführung als untreu erwiesen hat, nach § 146 HGB als Liquidator berufen sein und so weiterhin die Möglichkeit haben, der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern Schaden zuzufügen. Wird die Gesellschaft daher durch das Urteil aufgelöst und geht in Liquidation, so sind alle Beteiligten durch die wirtschaftlich ungünstigen Folgen der Auflösung des Unternehmens hart betroffen.

Auch wenn die Auflösungsklage gemäss § 138 HGB zur Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern führt, ist dies nicht gutzuheissen. In beiden Fällen geht die Ersatzlösung weit über das beabsichtigte Ziel hinaus.

Mit Recht ist daher die Auflösungsklage gleichfalls als eines der äussersten Mittel zur Beilegung von Streitigkeiten innerhalb der Gesellschaft gekennzeichnet worden. Sofern noch ein anderes Mittel verfängt und zumutbar ist, wie beispielsweise die Neuregelung der Geschäftsführung, ist die Auflösungsklage nicht begründet (1).

(1) Vgl. Baumbach-Duden § 133 Anm. 3; OGH 2/262; Geßler-Schlegelberger § 133 Anm. 3; Hueck Das Recht der OHG § 25 II 2; Bandasch Komm. zum Handelsgesetzbuch § 133; der sogar noch weitergehend die Auffassung vertritt, dass bei der Entscheidung stets auch die Auswirkung auf die am Streit nicht beteiligten Gesellschafter, die Belegschaft und auf die wirtschaftliche Bedeutung des Betriebes Rücksicht zu nehmen sei.
Ferner RG 164/264.

c) Schadensersatz.

Die zur Klage entschlossenen Gesellschafter auf einen Schadensersatzanspruch gegen den sich weigernden Gesellschafter zu verweisen, fruchtet nichts. Die Gewährung eines solchen Anspruchs ist eine Scheinlösung. Sie führt nicht zur Beseitigung des zwischen den Gesellschaftern entstandenen Konfliktes. Einen Anspruch auf Naturalrestitution zuzubilligen, hiesse lediglich auf Umwegen die Klage auf Mitwirkung zu gestatten. Der Anspruch auf Schadensersatz kann seiner Natur nach nur auf eine Geldleistung gerichtet sein. Er soll mithin einen Ausgleich der durch die Weigerung entstandenen Vermögensnachteile bewirken. Diese können durch die Verfehlung des vertragsuntreuen Gesellschafters entstanden sein oder erst dadurch noch entstehen, dass infolge der Weigerung dem vertragsuntreuen Gesellschafter die Geschäftsführung belassen wird. Wird aber lediglich den zur Klage entschlossenen Gesellschaftern ein Anspruch auf den Ausgleich des Schadens gewährt, so erscheint dies bedenklich. Auch alle übrigen am Interessenkonflikt Beteiligten sind von dem schadenstiftenden Ereignis in gleicher Weise in ihren Vermögensinteressen beeinträchtigt. Ihnen muss daher in gleicher Weise ein Schadensersatzanspruch zustehen. Eine wirkliche Lösung des Interessenwiderstreits kann nur darin liegen, dass man dem möglichen Schaden vorbeugt ⁽¹⁾. Abgesehen

(1) Vgl. Herschel DR 1940 721 Anmerkungen zur Reichsgerichtsentscheidung abgedruckt im 162. Bande S. 388.

davon ist ein solcher Schaden nur sehr schwer bestimmbar ⁽¹⁾. Der Streit zwischen den Gesellschaftern setzt sich damit unter erschwerten Bedingungen fort ⁽²⁾.

Richtiger Auffassung nach ergibt sich der Schadensersatzanspruch erst aus der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs (Mitwirkung). Erkennt man diese Voraussetzung nicht an, so muss er unabhängig davon neben diesem bestehen. Das bedeutet aber, dass er in Wirklichkeit nicht auf der Weigerung, sondern auf einem anderen rechtserheblichen Verhalten des betroffenen Gesellschafters beruht ⁽³⁾.

Zwar würde ein Schadensersatzanspruch auch dann noch dogmatisch einzuordnen sein, wenn man ihn als Erfüllungssurrogat der klagbaren oder nicht klagbaren Nebenpflicht auffasst. Die Pflicht zur Mitwirkung kann aber, wenn sie anerkannt werden muss, keinesfalls unter die nicht klagbaren Nebenpflichten gezählt werden.

Das werden die weiteren Ergebnisse dieser Untersuchung zeigen.

Sie als blosse Obliegenheit zu kennzeichnen, würde einem Schadensersatzanspruch die rechtstheoretische Grundlage nicht schaffen.

(1) B. Hartmann Köln 1959 "Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis" S. 17.

(2) Kohler NJW 1951 S. 7.

(3) Vgl. Weipert § 140 Anm. 15 der für den Fall der Ausschliessungsklage neben dem Anspruch auf Mitwirkung bei unberechtigter Weigerung auch einen Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung gewähren will.

An Ihre Verletzung ist eine dem Obliegenheitsbelasteten zwar nachteilige Rechtsfolge geknüpft. Diese besteht aber gerade nicht in einem Schadensersatzanspruch ⁽¹⁾.

Zu einer unmittelbaren Lösung des Interessenkonfliktes führt der Schadensersatzanspruch jedenfalls nicht. Er verweist die Beteiligten vielmehr darauf, die zukünftige Entwicklung tatenlos abzuwarten. Damit zwingt er die zur Klage entschlossenen Gesellschafter, gerade das Risiko auf sich zu nehmen, das sie mit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht beseitigen wollten.

Das Interesse dieser Gruppe an einer alsbaldigen Klärung der Frage, ob sie zu einem derartigen Wagnis überhaupt weiterhin verpflichtet sind, ist bedeutsam. Das zeigt sich vor allem, wenn die Entziehung der Vertretungsmacht in Rede steht. Es darf schwerlich diesen Gesellschaftern zugemutet werden, mit ihrer persönlichen unmittelbaren und unbeschränkten Haftung (§ 128 HGB) auch weiterhin für die Handlungen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einzustehen, den sie abzuberufen wünschen.

Schliesslich kann die Realisierung des Schadensersatzanspruches im Wege der Zwangsvollstreckung schwierig sein und falls der Gläubiger auf den Anteil an der Gesellschaft Zugriff nimmt, schliesslich doch noch zur Kündigung und Abwicklung führen.

Die Gewährung eines Schadensersatzanspruches ist daher lediglich eine Scheinlösung des Problems.

d) Mitwirken des Widerstrebenden.

Als das allein adäquate Mittel zur Beseitigung der Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit bietet sich der Anspruch auf Mitwirkung

(1) Schmidt, Obliegenheiten S. 315.

des Gesellschafters bei den Klagen nach §§ 117, 127 HGB an. Die Zubilligung eines Mitwirkungsanspruchs schaltet die Gefahr aus, das Unternehmen durch vorzeitige Auflösungs- oder Ausschlussklagen in seinem Bestande zu gefährden. Der Mitwirkungsanspruch hilft mit, diese Schutzfunktion der §§ 117, 127 HGB zu erfüllen. Dabei werden die Interessen der Beteiligten nicht weiter als unbedingt nötig beschnitten und der Streit unmittelbar geschlichtet. Unter den Gesellschaftern werden klare Verhältnisse geschaffen und der Zündstoff beseitigt, bevor er sich weiter anhäufen und zu einer ernsthaften Gefahr für die Gesellschaft werden kann.

Der auf eine Schadensersatzklage verwiesene Gesellschafter würde künftig nur noch mit besonderem Misstrauen und außerordentlicher Zurückhaltung bei Vorschlägen mitarbeiten, die von einem Gesellschafter herrühren, den er abberufen wollte. Zählt er selbst nicht zu den geschäftsführenden Gesellschaftern, dann kann es ihm nicht verwehrt werden, dass er seine Kontrollrechte (§ 118 HGB) sehr nachdrücklich wahrnimmt. Auch wird es sich nicht immer vermeiden lassen, dass sich Voreingenommenheit ausbreitet. Jeder einzelne wird davon überzeugt bleiben, dass er richtig gehandelt habe. Dies alles kann zu einer Verschärfung der Gegensätze führen.

Gewährt man dagegen den Mitwirkungsanspruch, so wird dem sich weigernden Gesellschafter zwar seine freie Entschliessung genommen. Jedoch entgeht er damit der viel ernsthafteren Gefahr, selbst aus der Gesellschaft ausgebootet zu werden.

An Ihre Verletzung ist eine dem Obliegenheitsbelasteten zwar nachteilige Rechtsfolge geknüpft. Diese besteht aber gerade nicht in einem Schadensersatzanspruch (1).

Zu einer unmittelbaren Lösung des Interessenkonfliktes führt der Schadensersatzanspruch jedenfalls nicht. Er verweist die Beteiligten vielmehr darauf, die zukünftige Entwicklung tatenlos abzuwarten. Damit zwingt er die zur Klage entschlossenen Gesellschafter, gerade das Risiko auf sich zu nehmen, das sie mit der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht beseitigen wollten.

Das Interesse dieser Gruppe an einer alsbaldigen Klärung der Frage, ob sie zu einem derartigen Wagnis überhaupt weiterhin verpflichtet sind, ist bedeutsam. Das zeigt sich vor allem, wenn die Entziehung der Vertretungsmacht in Rede steht. Es darf schwerlich diesen Gesellschaftern zugemutet werden, mit ihrer persönlichen unmittelbaren und unbeschränkten Haftung (§ 128 HGB) auch weiterhin für die Handlungen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einzustehen, den sie abzuberufen wünschen.

Schliesslich kann die Realisierung des Schadensersatzanspruches im Wege der Zwangsvollstreckung schwierig sein und falls der Gläubiger auf den Anteil an der Gesellschaft Zugriff nimmt, schliesslich doch noch zur Kündigung und Abwicklung führen.

Die Gewährung eines Schadensersatzanspruches ist daher lediglich eine Scheinlösung des Problems.

d) Mitwirken des Widerstrebenden.

Als das allein adäquate Mittel zur Beseitigung der Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit bietet sich der Anspruch auf Mitwirkung

(1) Schmidt, Obliegenheiten S. 315.

des Gesellschafters bei den Klagen nach §§ 117, 127 HGB an. Die Zubilligung eines Mitwirkungsanspruchs schaltet die Gefahr aus, das Unternehmen durch vorzeitige Auflösungs- oder Ausschlussklagen in seinem Bestande zu gefährden. Der Mitwirkungsanspruch hilft mit, diese Schutzfunktion der §§ 117, 127 HGB zu erfüllen. Dabei werden die Interessen der Beteiligten nicht weiter als unbedingt nötig beschnitten und der Streit unmittelbar geschlichtet. Unter den Gesellschaftern werden klare Verhältnisse geschaffen und der Zündstoff beseitigt, bevor er sich weiter anhäufen und zu einer ernsthaften Gefahr für die Gesellschaft werden kann.

Der auf eine Schadensersatzklage verwiesene Gesellschafter würde künftig nur noch mit besonderem Misstrauen und außerordentlicher Zurückhaltung bei Vorschlägen mitarbeiten, die von einem Gesellschafter herrühren, den er abberufen wollte. Zählt er selbst nicht zu den geschäftsführenden Gesellschaftern, dann kann es ihm nicht verwehrt werden, dass er seine Kontrollrechte (§ 118 HGB) sehr nachdrücklich wahrnimmt. Auch wird es sich nicht immer vermeiden lassen, dass sich Voreingenommenheit ausbreitet. Jeder einzelne wird davon überzeugt bleiben, dass er richtig gehandelt habe. Dies alles kann zu einer Verschärfung der Gegensätze führen.

Gewährt man dagegen den Mitwirkungsanspruch, so wird dem sich weigernden Gesellschafter zwar seine freie Entschliessung genommen. Jedoch entgeht er damit der viel ernsthafteren Gefahr, selbst aus der Gesellschaft ausgebootet zu werden.

Den zur Klage entschlossenen Gesellschaftern wird nicht mehr eingeräumt, als die Möglichkeit, die von ihnen behaupteten Verfehlungen dem Richter zu unterbreiten.

Selbst der Gesellschafter, dessen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in Frage steht, kann ein Interesse daran haben, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen. Bei nur geringfügigen oder zweifelhaften Klagegründen wird ihm mehr daran gelegen sein, durch ein klageabweisendes Urteil die Bestätigung zu erlangen, dass er recht gehandelt hat, als seine weitere Tätigkeit im Unternehmen einer fragwürdigen Weigerung eines Mitgesellschafters zu verdanken. Dies gilt insbesondere in solchen Fällen, in denen von vornherein feststeht, dass die Verfehlung, der "wichtige Grund", nicht stark genug ist, um zu einer Auflösung oder zu einem Ausschluss des Widerstrebenden und des abuberufenden Gesellschafters zu führen.

5.) Interessenbewertung

Es wäre daher im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten wünschenswert, einen Anspruch auf Mitwirkung zu gewähren.

Darüber, ob dies lediglich ein rechtspolitisches Ziel ist, oder ob sich unter dem geltenden Rechtszustand bereits aus den vorhandenen Bestimmungen und den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander ein solcher Anspruch ergibt, gehen die Meinungen im Schrifttum weit auseinander. Die Antwort hierauf hängt zunächst davon ab, wie man die Einzelinteressen bewertet.

Ritter ⁽¹⁾ ist der Auffassung, dass obwohl die Klage und die Zustimmung hierzu keine Akte der Geschäftsführung sind, der Gesellschafter, der seine Mitwirkung verweigert, hierzu gezwungen werden kann, wenn seine Weigerung die Treupflicht verletzt.

Der gleichen Ansicht scheint Weipert ⁽²⁾ zu sein. Er will einen Anspruch auf Mitwirkung für den Fall gewähren, dass die Verweigerung sich als Rechtsmissbrauch darstellt. Seine Ausführungen zur Mitwirkungspflicht sind aber widersprüchlich ⁽³⁾. Nach Erörterungen an anderer Stelle hat es den Anschein, als ob ein Mitwirkungsanspruch nur anerkannt werden soll, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass die Klage auf einen Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter hin erhoben werden kann. Für die Klagen aus § 140 HGB ⁽⁴⁾ nimmt er auch ohne die Einschränkung eine Verpflichtung zur Mitwirkung an. Sie ergebe sich schon aus der Pflicht zur Gesellschaftstreue und zur Förderung des gemeinsamen Zweckes. Eine Weigerung hält er nur dann für möglich, wenn dem betreffenden Gesellschafter beachtliche Gründe zur Seite stehen ⁽⁵⁾.

(1) Komm. zum HGB Anm. § 117 Anm. 13.

(2) RGR Komm. zum HGB S. 117 Anm. 11 und Anm. 7 § 127

(3) Vgl. § 127 Anm. 5 und Anm. 15, auch § 117 Anm. 13

(4) Anm. 14

(5) so aber auch § 117 Anm. 11

Auch Flechtheim ⁽¹⁾ hält die Klagen aus §§ 117, 127 HGB nicht für einen Akt der Geschäftsführung, sondern für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Anders als Weipert ist er jedoch der Auffassung, dass ein Anspruch gegen den widerstrebenden Gesellschafter nur dann besteht, wenn dieser sich vertraglich zur Mitwirkung verpflichtet hat. Der Umstand, dass die Abberufung im Interesse der Gesellschaft liegt oder die Interessen des Unternehmens fördert, reichen seiner Meinung nach nicht aus, den widerstrebenden Gesellschafter zur Mitwirkung zu verpflichten.

Diese Auffassung teilt Geßler ⁽²⁾.

Sowohl Hueck ⁽³⁾ wie Lehmann, sind der Auffassung, dass kein Gesellschafter gegen seinen Willen dazu gezwungen werden kann, eine Klage aus §§ 117 oder § 127 HGB mitzuerheben ⁽⁴⁾. Eine aus dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis sich ergebende Treupflicht zur Mitwirkung lässt Hueck nicht gelten ⁽⁵⁾, denn der Gesellschafter habe nur versprochen, die Gesellschaft in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Jenseits dieser Bindung sei er

(1) bei Düringer-Hachenburg §§ 127 Anm. 6, 117 Anm. 6

(2) bei Schlegelberger § 127 Anm. 6

(3) Der Treuegedanke S. 18/19 und Recht der OHG S. 107

(4) Lehmann Gesellschaftsrecht 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1959 S. 112 (ohne Begründung)

(5) Vgl. Hueck Gesellschaftsrecht 9. Aufl. 1959 S. 112

grundsätzlich frei (1).

Hueck verneint die Mitwirkungspflicht aus grundsätzlichen Erwägungen. Seine Auffassung wird von Breit (2) für den Fall der Ausschliessungsklage nach § 140 HGB geteilt. Das Verlangen nach Mitwirkung ist das Begehren nach Vertragsänderung. Dies ist bereits erörtert worden. Zur Änderung der vertraglichen Grundlage und der personellen Zusammensetzung der Gesellschaft ist nach der Meinung Huecks kein Gesellschafter gegen seinen Willen verpflichtet. Den Vorrang der Interessen des Unternehmens erkennt Hueck nicht an. Die Treuepflichten bei der OHG gelten für ihn lediglich im Verhältnis der Gesellschafter untereinander (3).

Diese Auffassung ist zu eng. Sie spricht aber auch nicht unbedingt gegen die Gewährung eines Mitwirkungsanspruchs. Zunächst handelt es sich bei der Mitwirkung um einen Anspruch unter den Gesellschaftern. Die hier auch von Hueck anerkannten Treuepflichten müssen daher in Rechnung gezogen werden.

Es bleibt nur die Frage offen, ob das Verlangen nach Vertragsänderung den Verpflichtungsgehalt dieser Bindungen übersteigt.

Hierauf soll später im einzelnen eingegangen werden.

Die Interessen der Gesellschaft sind nicht der Summe der Interessen der Gesellschafter gleich-

(1) Anderer Ansicht Karger DJZ 1928 S. 1074

(2) Vgl. JR 1926 S. 859

(3) Treuegedanke S. 73.

zusetzen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Interessen der Handelsgesellschaft um die des Unternehmens ergänzt werden, wenn man vom Gründungs- und Liquidationsstadium absieht. Bestandsschutz ist vordringliches Bedürfnis einer jeden Gesellschaft. Dieses Bedürfnis ist nicht immer mit den Interessen der einzelnen Gesellschafter in Einklang zu bringen. Für die hier in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 117, 127 HGB ist dies bereits erörtert worden.

Zunächst ist das Interesse an der Erhaltung der Gesellschaft allen Gesellschaftern gemeinsam. Die das Gesellschaftsrecht beherrschende Pflicht, die Bestrebungen den gemeinsamen Zweck zu erreichen, in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB), besteht zwar nach dem Gesetzeswortlaut im Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Der Einzelne kann ihr aber nur dadurch genügen, dass er sich den Zielen der Gemeinschaft unterordnet und diese fördert.

Es muss von ihm verlangt werden, dass er die vertragstypischen und die durch die Gesellschafterversammlung herausgestellten Interessen anerkennt und sein Handeln hiernach ausrichtet, sonst bleibt die Förderungspflicht inhaltslos.

Zum grundsätzlichen Inhalt der Förderungspflicht muss aber stets die Vorsorge für den Bestand der Gesellschaft gerechnet werden, denn nur wenn sie überdauert, ist es überhaupt noch möglich, den gemeinsamen Zweck zu erreichen.

Daher schliesst die allgemeine Förderungspflicht gegenüber den übrigen Gesellschaftern (nach § 105 ist das Handelsgeschäft gemeinsamer Zweck) notwendig die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft ein.

Die Abgrenzung der Treupflichten bei den Personalgesellschaften zu den Treupflichten im Körperschaftsrecht ist deshalb bei Hueck nicht überzeugend, weil diese Inhaltsbestimmung fehlt. Den Mangel erkennt er selbst, wenn er einräumt, dass das Treuband beim Gesellschaftsvertrag ein stärkeres ist als bei anderen Verträgen. Selbst bei dieser Annahme bleibt er jedoch der Ansicht, dass die Treupflicht bei der offenen Handelsgesellschaft lediglich für das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander bestehe. Auf dieser Grundlage löst er das Problem des Vorrangs der Gesellschaft gegenüber dem einzelnen Gesellschafter. Er will diesen Vorrang nur gelten lassen, wenn es sich um eine Gemeinschaft von höherem Wert handelt, die dem einzelnen Mitglied gegenüber steht. Bei der Gesellschaft handelte es sich aber um private Interessen der Gesellschafter, deshalb habe das Gesellschaftsinteresse nicht unbedingt den Vorrang vor dem Einzelinteresse zu beanspruchen.

Dieser Auffassung ist nicht beizutreten.

Schliesslich beruht nämlich auf der Anerkennung der Vorrangigkeit der gemeinsamen Interessen allein die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.

Es gehört auch gerade zum Wesen der Gesellschaft wie zum Wesen eines jeden personenrechtlichen Verbandes, dass die Gesellschafter freiwillig ihre individuellen Belange dem gemeinsamen Zweck unterordnen und ihre allseitigen Verpflichtungen auf diesen Zweck so ausgerichtet sind, dass sie in ihrem Verpflichtungsgehalt nicht von einem strengen Abhängigkeitsverhältnis zueinander voll-

kommen bestimmt werden (1).

Entgegen der Ansicht Huecks sind auch die Interessen der Allgemeinheit und insbesondere das Interesse der Arbeiter und Angestellten an der Erhaltung und Förderung des Unternehmens (2), wenn seinen Ausführungen zu folgen ist, durchaus nicht sichergestellt. Die zunächst sicherlich interne Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern kann sich, wenn sie bei einer Verhärtung der Gegensätze den Bestand des Unternehmens gefährdet, direkt auf die Allgemeinheit auswirken. Verneint man, der Ansicht Huecks folgend, die Pflicht des einzelnen Gesellschafters, bei der Entziehungsklage mitzuwirken, so führt dies nach seinem eigenen Lösungsvorschlag entweder zum Ausschluss des sich weigernden Gesellschafters und damit zu einer weitgehenden personellen Umgestaltung der Gesellschaft oder gar zur Auflösung und Vernichtung des Unternehmens. Dieser Vorgang ist jedoch nicht nur im Innenverhältnis spürbar. Er berührt das Interesse der Allgemeinheit, insbesondere das der Arbeiter und Angestellten des Unternehmens, aber auch derjenigen Wirtschaftskreise, die mit dem Unternehmen zusammen arbeiten, unmittelbar (3).

(1) BGH bei Lindenmaier-Möhring zu § 105 HGB Nr. 11; OGH 1/33 mit zustimmenden Anmerkungen von Hueck in SJZ 1948/755.

(2) Treuegedanke S. 79.

(3) Diese Überlegungen führen unmittelbar auf die Frage, ob der Schutz des Unternehmens im öffentlichen Interesse liegt.

Dies ist schwer zu entscheiden. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist ebenso schwierig zu bestimmen wie der des Unternehmens. Der im Verwaltungsrecht (vgl. Forsthoff S. 342 ff) verwendete und vor allem im Prozessrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit gebräuchliche Begriff ist hier nicht brauchbar.

Von Müller-Erzbach (ZHR 64/536) Wieland (I S. 248) Flechtheim (bei Düringer-Hachenburg § 25 Anm. 2), welche die Auffassung vertreten, dass der Schutz des Unternehmens im öffentlichen Interesse liegt, wird dieser Begriff mehr im Sinne einer von der Allgemeinheit anerkannten tagespolitischen Notwendigkeit gedeutet. Vieles ist hier im Fluss (vgl. Müller-Erzbach ZHR 61/357 ff" Alexander - Katz ZHR 70/80 fr; Grieger ArchZivPr. 145/327). Die Rechtssprechung zählt den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu den "sonstigen" geschützten Rechtsgütern des § 823 BGB. Sie verschafft damit dem Unternehmen auf einem Teilgebiet unmittelbaren Schutz, denn der "eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb" weist die Merkmale auf, die nach der oben vertretenen Auffassung für die Bestimmung des Unternehmensbegriffes massgebend sind.

Die Rechtssprechung ging zunächst davon aus, dass der Eingriff unmittelbar in den Gewerbebetrieb erfolgt sein muss (vgl. RG 48/114). Später ist dieser Schutz weiter ausgedehnt worden, (vgl. über diese Entwicklung v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung S. 399; Nipperdey Arbeitskampf und unerlaubte Handlung S. 94 für die neuere Rechtssprechung BGH 24/200, 205).

Wirtschaftspolitische und sozialpolitische Gesichtspunkte sprechen dafür, dass der Schutz im öffentlichen Interesse liegt.

Massnahmen, die in diesem Zusammenhang ergriffen werden, zielen allerdings keineswegs eindeutig auf den Schutz des Unternehmens. Der Schutz des Arbeitsplatzes, die soziale Vorsorge und das Bemühen, eine Kette von wirtschaftlichen Zusammenbrüchen zu verhindern, die der wirtschaftliche Niedergang eines grösseren Unternehmens fast stets mit sich bringt, stehen weitgehend im Vordergrund (Sanierungsmassnahmen).

Das öffentliche Interesse an Sanierungsmassnahmen gilt dem Grossunternehmen. Die zahllosen kleineren und mittleren Unternehmen haben solche Unterstützung noch nicht erhalten.

Das Interesse der Arbeitnehmerschaft am Schutze des Unternehmens ist zudem geteilt. Die Erhaltung des Arbeitsplatzes und der am Arbeitsplatz erworbenen sozialen Vorteile mag sie zur Unterstützung der Forderung bestimmen. Wenn es aber darum geht, soziale Forderungen gegen das Unternehmen durchzusetzen, ist die Interessenlage keineswegs mehr so eindeutig.

(Über das Problem des Streiks als unerlaubte Handlung, vgl. Nipperdey Arbeitskampf und unerlaubte Handlung in Festschrift für Sitzler S. 94)

Nicht zutreffend ist demnach auch die Auffassung Huecks, die Meinung Herschels (DR 1940/721), der dem Interesse des Unternehmens den Vorrang gibt, gehe lediglich auf die weltanschaulichen Prinzipien des nationalsozialistischen Gewaltsystems zurück.

Die Rechtsprechung hat diese Auffassung im übrigen schon im Jahre 1912, der industriellen Gründerzeit des liberalen Bürgertums, vertreten ⁽¹⁾ und vertritt sie auch noch heute ⁽²⁾.

Davon abgesehen ist es von entscheidender Bedeutung, dass auch die von Hueck und den genannten Autoren vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten keinen Erfolg versprechen.

Die Ausschliessungsklage gegen den widerstrebenden Gesellschafter erweist sich bei näherer Betrachtung ebenso wie die Schadensersatzklage nur als Scheinlösung des Interessenkonflikts.

Wenn nämlich der in Anspruch genommene Gesellschafter sich weigern darf und zur Mitwirkung nicht verpflichtet ist, so kann weder sein Ausschluss, viel weniger aber eine Schadensersatzklage gegen ihn begründet sein. Als einziger Grund hierfür käme sein untätiges Verhalten, also ein Unterlassen, in Betracht. Dies kann aber für den unhaltbaren Zustand unter den Gesellschaftern nur dann überhaupt kausal sein, wenn ihn eine Rechtspflicht trifft, eine be-

(1) RG in LZ 1912 S. 145 für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft.

(2) BGH bei L.-M. zu § 105 HGB Nr. 11.

stimmte Tätigkeit zu entfalten⁽¹⁾. Diese auf den besonderen Fall zutreffende Verpflichtung kann aber nach Lage der Dinge nur die aus dem Treueverhältnis der Gesellschafter zueinander sich ergebende Rechtspflicht zur Mitwirkung bei der Entziehungsklage sein. Sofern daher Hueck und die übrigen oben genannten Autoren eine solche Pflicht verneinen und den Entschluss des Gesellschafters, an der Klage mitzuwirken, in seinen freien Willen stellen, kann in dem lediglich untätigen Verhalten mangels einer Rechtspflicht schwerlich eine den Kausalzusammenhang begründende Pflichtverletzung liegen. Eine Ausschliessungs- oder Schadensersatzklage wegen der Weigerung des Mitgesellschafters verspricht unter diesen Voraussetzungen, abgesehen von den bereits hervorgehobenen Bedenken, keinen Erfolg.

Nun muss die zum Kausalzusammenhang erforderliche Rechtspflicht keineswegs unbedingt als Verbindlichkeit verstanden werden.

Sie kann auch in einem rechtlichen Gebot geringerer Intensität bestehen.

Mag sie nun den nicht klagbaren Nebenpflichten zugerechnet werden oder den Obliegenheiten, jedenfalls muss der Rechtszwang über den eines blossen Anreizungstatbestandes hinausgehen.

Eine Rechtspflicht minderer Intensität erkennt daher wohl auch Hueck an. Nur mit dieser Einschränkung darf man also die von ihm herausgestellte freie Entschliessung des einzelnen Gesellschafters verstehen.

(1) Träger S. 71 bis 73; Enneccerus Schuldrecht 1. Teil, Allgemeine Lehren § 15 III 7.

Damit wird die Frage nach der Mitwirkung für diese Auffassung vornehmlich ein Problem der Intensität des Rechtszwanges. Hiervon wird später die Rede sein müssen.

Die Gesellschafter darauf zu verweisen, dass sie den Ausschluss des Gesellschafters, welchem die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden soll, verlangen können, fruchtet nichts. Hier kommt es zunächst darauf an, ob die Gründe für einen Ausschluss stark genug sind. Auch erscheint es mehr als fraglich, ob ein Gesellschafter, der sich schon weigert, mit den übrigen die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht zu erheben, sich an einer Ausschliessungsklage gegen diesen Gesellschafter beteiligen wird. Wirkt er aber an der Ausschliessungsklage mit, so darf ihm der auszuschliessende Gesellschafter mit Recht entgegenhalten, dass auf die behauptete Verfehlung das Begehren nicht gestützt werden könne, weil einer der klagenden Gesellschafter durch seinen Widerspruch die Anwendung eines weniger tief eingreifenden Behelfs, nämlich die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht verhindert habe ⁽¹⁾.

Gerechtfertigt ist dieser Einwand, weil der wichtige Grund in § 140 HGB, wie bereits dargelegt wurde, durch §§ 117/127 HGB negativ eingegrenzt wird.

Störungen der Zusammenarbeit in der Gesellschaft, die mit dem spezielleren Rechtsbehelf aus §§ 117, 127 HGB behoben werden können, verdienen danach

(1) BGH 18/350 (364)

keine Anerkennung als Ausschlussgrund.

Nach alledem bleibt nur noch die Auflösungsklage. Hier ist zwar auch die negative Eingrenzung zu beachten, jedoch tritt die Weigerung des widerstrebenden Gesellschafters hinzu. Sind die zur Klage entschlossenen Gesellschafter nicht in der Lage, die Abberufung durchzusetzen und wird es für sie aus diesem Grunde unzumutbar, die Gesellschaft fortzusetzen, so kann die Auflösungsklage nicht versagt werden.

Auf die Gefahr, daß sie sich selbst mit der Klage ausbooten, ist bereits hingewiesen worden.

Die von Hueck vertretene Ansicht lässt sich mit dem Treuegedanken, der auch nach seiner Meinung das ganze Gesellschaftsverhältnis beherrscht und sich auf den Schutz und die Förderung des Unternehmens richtet, nicht vereinbaren. Das ergibt sich nicht nur aus dem Vorstehenden, sondern auch aus seinen weiteren Ausführungen hierzu. Er räumt ein ⁽¹⁾, dass die übrigen Gesellschafter durch ein Angebot zur Vertragsänderung versuchen müssen, eine für alle Teile erträgliche Regelung des Gesellschaftsverhältnisses herbeizuführen, bevor auf Ausschluss geklagt werden kann. Auch hält er eine Klage auf Mitwirkung bei der Neuregelung des Gesellschaftsverhältnisses für zulässig ⁽²⁾, wenn einem der Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis entzogen worden ist und eine Neuordnung erforderlich erscheint.

(1) S. 323 Recht der OHG

(2) Recht der OHG S. 112

Rückschauend darf im Ergebnis festgehalten werden, dass die Klage auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht vertragsändernden Charakter hat und das Mitwirkungsbegehren das Verlangen nach Vertragsänderung ist.

Als adäquates Mittel bei der Weigerung eines Gesellschafters, die Störung der Zusammenarbeit in der Unternehmensgemeinschaft zu beheben, kommt lediglich ein Anspruch auf Mitwirkung gegen den Widerstrebenden in Betracht. Dies entspricht auch dem Vorrang der Interessen der Gesellschaft. Bei der Ablehnung einer Mitwirkungspflicht ist eine Lösungsmöglichkeit, die dem Schutzcharakter der §§ 117, 127 HGB gerecht wird, nicht gegeben. Die Erörterungen münden damit in die Frage, ob die Treubindungen der Gesellschafter untereinander so stark sind, dass aus ihnen eine solche Pflicht zur Mitwirkung hergeleitet werden kann.

5. Quellen der Mitwirkungspflicht.

Die Verpflichtung, an der Änderung eines Vertrages mitzuwirken, in dessen Bindung der Verpflichtete selbst steht, kann sich, wenn im Vertrage hierfür nicht ausdrücklich eine Regelung vorgesehen ist, aus dem Gesetz, aus der Auslegung des gesamten Vertragswerkes, aus dem besonderen Wesen des Rechtsverhältnisses der Vertragspartner untereinander oder besonderen einzelnen Rechtsgebieten mitunter auch dem gesamten Recht übergeordneten Grundsätzen ergeben ⁽¹⁾.

a) Treubindungen im allgemeinen.

Jede der genannten Möglichkeiten haben im geltenden Recht eine Vielzahl von Beispielen. Für die sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen zur Vertragsänderung darf auf das gesetzliche Rücktrittsrecht (§§ 325, 326, 346 BGB) verwiesen werden.

Nicht anders ist der Charakter des § 343 BGB zu beurteilen.

Auch das gesamte Recht des Schadensersatzes wird von dem Grundsatz beherrscht, dass eine adäquate Ersatzlösung für den Verlust angeboten werden muss. Die Bestimmung des § 251 Abs. 2 BGB enthält die Ersetzungsbefugnis des Schuldners für den Fall, dass die Wiederherstellung nur mit unverhältnismässig hohen Aufwendungen möglich ist.

(1) Vgl. Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 2; Böhmer 2. Buch 1. Aufl., S. 211, 2. Buch 2. Abtlg. S. 73.

Darüber hinaus haben Wissenschaft und richterliche Praxis bei strenger Bindung an das Gesetz die Lücken des staatlich gesetzten Rechts nach den in diesem zum Ausdruck gekommenen Wertungen ausgefüllt und sich dabei zu Recht auf die Grundlagenwertung normativer Entscheidungen des Gesetzgebers berufen ⁽¹⁾, oder sich auf die Generalemächtigung des Gesetzgebers in den bekannten Blankettnormen, besonders den §§ 157 u. 242 BGB gestützt ⁽²⁾.

Unter Billigung des Schrifttums hat die Rechtsprechung in einem Falle, in welchem der Verkäufer mehrere beschränkte Gattungskäufe abgeschlossen hatte und die beschränkte Gattung ohne sein Verschulden später unzureichend geworden war, diesen für verpflichtet erklärt, den Warenrest auf die verschiedenen Käufer verhältnismässig zu verteilen ⁽³⁾.

Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Unmöglichkeit findet letztlich gleichfalls ihre systematische Rechtfertigung an der sich aus § 242 BGB ergebenden Opfergrenze für die Verpflichtung des Schuldners ⁽⁴⁾.

(1) Böhmer 2. Buch 1. Abtlg. S. 211

(2) Böhmer Grundlagen 2. Buch, 2. Abtlg. S. 73 der die Generalklauseln mit Recht als ein Niederschlag der Anforderung soziologischer Zweckmässigkeit und materialer Gerechtigkeit im positiven Recht betrachtet, ebenso Fechner DRZ 49/94 V. Gierke ZHKR 111/194.

(3) RG 84/125, 130

(4) Lehmann bei Enneccerus § 29 I 2

Besondere, weder vertraglich noch gesetzlich normierte Treubindungen im Rahmen eines einzelnen Schuldverhältnisses sind der Grund dafür, daß der Schuldner für schadenstiftendes Verhalten bei Vertragsabschluß Ersatz leisten muss.

Besondere Nebenpflichten, die sich nicht aus dem Vertrage und auch nicht aus einer gesetzlichen Anordnung unmittelbar ergeben, lösen auch die Ersatzpflicht des Schuldners für die sogenannte positive Vertragsverletzung aus.

Von besonderer Bedeutung ist für die vorliegende Frage die Entwicklung, welche die Anerkennung der positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung bei Sukzessivlieferungsverträgen genommen hat. Hier führt nicht jede Verletzung der Vertragsrechte zu einer völligen Beseitigung des Vertrages. Dem Gläubiger wird vielmehr zugemutet, eine Vertragsänderung in Kauf zu nehmen. Lediglich, wenn das Verhalten des Schuldners den Vertragszweck gefährdet und die Fortsetzung des Vertrages dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, darf sich der vertragstreue Teil vom Vertrage lösen ⁽¹⁾.

Mit Recht hat die Lehre und die Rechtsprechung dem Fundamentalsatz aller entwickelter Rechtsordnungen, dass Verträge gehalten werden müssen, die Lehre von der Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage gegenübergestellt. Der Äquivalenzgedanke führt auf die Dauer zur Anerkennung einer Veränderung der Leistungs-

(1) Lehmann bei Enneccerus § 65 I 3, insbesondere Fussnote 17 u. RG 93, 285.

pflicht wegen veränderter Umstände (1). Bedeutsamer als die vielfältigen systematischen Versuche, die Lehre von der Geschäftsgrundlage zu begründen, ist für den vorliegenden Fall die praktische Entwicklung des Instituts. Es ist anerkannt, dass die Lossage vom Geschäft Treu und Glauben Rechnung tragen muss. Sie ist ausgeschlossen, soweit eine Heilung zumutbar ist und dem benachteiligten Vertragspartner innerhalb einer angemessenen Frist angeboten wird (2). Auch hier wird also in erster Linie die Fortsetzung des Vertrages angestrebt und dem Benachteiligten eine Ersatzlösung zugewendet.

Schon bei dem einfachen auf Abwicklung und baldiges Erlöschen gerichteten Schuldverhältnis ergibt sich so für den vertragstreuen Teil in vielen Fällen die Verpflichtung, Vertragsänderungen in Kauf zu nehmen.

b) Treubindungen in Gemeinschaftsverhältnissen.

Ihren Inhalt nach umfassender sind regelmässig die Treuepflichten innerhalb von Gemeinschaftsverhältnissen personenrechtlicher Art.

Da der Gesetzgeber die Beziehungen der Gesellschafter untereinander nicht bis in alle Einzelheiten und erst recht nicht für die Fülle der vom gesetzlichen Normalfall abweichenden Ver-

(1) Heinrich Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 6. Aufl. Berlin 1949 § 35 A VII u. Lehmann bei Enneccerus § 41 II 3; Böhmert 2. Buch 2. Abtlg. S. 76

(2) RG 131, 93, RG JW 1938/1647 Lehmann bei Enneccerus § 41 III.

tragsausgestaltungen regeln kann, sind Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft dazu übergegangen, allgemeine Richtlinien aufzustellen, um sittliche Maßstäbe zu rechtlichen zu erheben.

Hueck unterscheidet hier drei Stufen, die sich in ihren Anforderungen und ihren Wirkungsbereichen voneinander abheben ⁽¹⁾. Neben die im Gesetz positiv verankerten (§§ 138, 826, 242 BGB) Begriffe der "guten Sitten" und "Treu und Glauben" stellt Hueck selbständig die "Treupflicht" als einen von der Rechtsprechung und der Wissenschaft entwickelten Gewohnheitsrechtssatz, der heute im Gesellschafts- und Arbeitsrecht überwiegend anerkannt ist. Es herrscht jedoch Streit, ob die Treupflicht lediglich als Konkretisierung oder Intensivierung von Treu und Glauben ⁽²⁾ oder als ein durch Gewohnheitsrecht anerkannter selbständiger Rechtsatz anzusehen ist ⁽³⁾.

Die Unterscheidung ist schwierig, solange man sich an den Auswirkungen orientiert.

Die Grenzen zwischen den Auswirkungen von Treu und Glauben und der Treupflicht sind flüssig.

(1) Hueck der Treuegedanke im modernen Privatrecht S. 9

(2) so OGH in MDR 48/340; vgl. Geiler bei Staudinger Vorben. zu § 705 Nr. 25 u. 36 vor allem 36 a; Weipert § 105 Anm. 31; Baumbach Einleitung von § 105 Anm. 11, Palandt-Danckelmann 18. Aufl., § 705 Anm. 7; Schilling JZ 1953/489.

(3) Hueck der Treuegedanke im modernen Privatrecht S. 9; Gierke ZIKR 111/194.

Ethisch ist der Unterschied zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Treupflicht auch hier spürbar. Ob dieser aber geeignet ist, zu eindeutigen juristischen Unterscheidungen zu gelangen, erscheint sehr fraglich ⁽¹⁾. Es ist jedoch dem Sprachgebrauch angemessen, die Bezeichnung " Treupflicht " auf personenrechtliche Gemeinschaften zu beschränken, in denen enge persönliche Beziehungen zwischen den Beteiligten bestehen.

Auch ist der Ansicht von Hueck und von Gierkes zuzustimmen. Zwar ist der Treuegedanke aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelt worden. Der Begriff der Treupflicht genießt jedoch gewisse Selbständigkeit.

Vom allgemeinen Treugrundatz unterscheidet sie nicht nur ihre stärkere Auswirkungen, sondern eine unverkennbare Zweckverschiedenheit. Während der Grundsatz von Treu und Glauben regelmässig nur Schutz und Sicherungsaufgaben hat, geht die Treupflicht weiter. Ihr Zweck richtet sich auf Interessenförderung. Haben sich Gesellschafter in einem Verträge zu einem gemeinsamen Zweck in gegenseitigem Vertrauen zusammengeschlossen, so schuldet sie sich dementsprechende Treue.

Je nach dem, wie das Verhältnis ausgestaltet ist, umfasst der Treuegedanke die Verpflichtung, im Rahmen des Gesellschaftsvertrages mit allen Kräften die den gemeinsamen Zweck entsprechenden Interessen wahrzunehmen oder alles zu unter-

(1) Fechner in einer Besprechung zu dem Vortrag von Hueck in DRZ 1949/94

lassen, was diese gemeinsamen Interessen schädigt. Die Gesellschafter werden davon je nach dem Grad ihrer personenrechtlichen Bindung mehr oder weniger betroffen.

Die Treupflicht setzt voraus, dass durch persönliche Leistungen gemeinsame Interessen erhalten oder gefördert werden. Nicht alle Rechtshandlungen der Gesellschafter verpflichten unterschiedslos zur Wahrung dieser Belange ⁽¹⁾.

Die Treupflicht findet ihre Grenzen und Einschränkungen an der Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen ⁽²⁾. Dies wird später noch eingehend zu erörtern sein. Man kann Pflichtrechte und eigennützige Rechte unterscheiden. Während aus der Natur der Pflichtrechte hervorgeht, dass bei ihrer Ausübung die Treue zur Gemeinschaft beachtet werden muss, und insbesondere eine Pflicht zum Handeln besteht, sind die Gesellschafter bei der Ausübung der eigennützigen Rechte nicht gebunden, da diese Rechte in erster Linie dem eigenen Interesse des Gesellschafters dienen. Doch auch bei der Ausübung eigennütziger Rechte dürfen die Gesellschafter nicht in einer unbilligen, gegen Treu und Glauben verstossenden Weise die Gesellschaft oder den anderen Gesellschafter schädigen. Das Interesse der Gesellschaft steht auch hier im Vordergrund.

Die aus dem Bereich der Ethik in die Rechtsordnung übernommenen juristischen Hilfsbegriffe

(1) vgl. Fechner DRZ 1949/94.

(2) Bruggemann 85, OGH 4, 66, besonders S. 73, BGH in BB 53/336.

erfordern es, auf die Lebenswirklichkeit der jeweiligen Rechtsform einzugehen. Dies mag im Einzelfall schwierig oder lästig sein. Nur so aber kann im konkreten Fall zuverlässig entschieden werden ⁽¹⁾.

Der Treupflicht können, wie jeder Generalklausel, drei Funktionen zugesprochen werden.

- 1) Die Regulativfunktion, welche den Leistungsinhalt nach dem Vertrag und dessen Grundlagen näher zu bestimmen hilft ⁽²⁾. Sie legalisiert den pflichtgemässen Rückgriff des Richters auf den materialen Gehalt der Rechtsbeziehungen entsprechend der " sozialen Realität " ⁽³⁾ des Vertragswerkes.
- 2) Die Grenzkontrolle durch den Richter über die sachgerechte Rechtsausübung.
- 3) Die Korrektivfunktion, welche die richterliche Vertragsschöpfung legitimiert und die strengrichterliche Vertragstreue in rechtsethischem Sinne durchbricht ⁽⁴⁾.

Die Treupflicht kann in ihrem Funktionswert zur selbständigen Rechtsquelle von positiven Leistungspflichten werden. Sie kann Grundlage für die Entstehung eines Anspruchs sein, der weder im Gesellschaftsvertrag noch im Gesetz normiert ist ⁽⁵⁾

(1) vgl. Fechner DRZ 1949/95

(2) Geisler b. Staudinger, Vorbem. zu § 705 Nr. 34, Wieacker S. 20

(3) Wieacker S. 20

(4) vgl. Esser JZ 1956/556

(5) Geiler § 705 Vorbem. 35 a und 38 b, Bergmann ZHR 105, 11, Brüggemann S. 72/73.

Wenn nun schon bei der Abwicklung des einfachen Schuldverhältnisses der Grundsatz von Treu und Glauben dem vertragstreuen Partner zumutet, an einer Vertragsänderung mitzuwirken oder diese in Kauf zu nehmen, um wieviel mehr muss dies erst im Rahmen des gesteigerten Treueverhältnisses unter den Gesellschaftern gelten. Die offene Handelsgesellschaft und auch die Kommanditgesellschaft stehen als personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse insbesondere im Gegensatz zu den schuldrechtlichen Verhältnissen des bürgerlichen Rechts aber auch der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Sie sind in der Regel auf eine längere Dauer berechnet. Daraus erklärt sich auch ihre besondere gesetzliche Ausgestaltung, die zum Teil erheblich von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts abweicht. Sie dient dem Bestandsschutz ⁽¹⁾.

Ihre Herkunft nach sind die personenrechtlichen Gesellschaften nicht nur Vermögens-, sondern auch Arbeitsgemeinschaften ⁽²⁾. Der Bestandsschutz schliesst daher mit besonderem Bezug auf die Treupflicht der Gesellschafter untereinander ein, dass den Gesellschaftern in der Regel kein anderer als Mitarbeiter aufgedrängt werden kann, als derjenige, den er bei Vertragsabschluss selbst ausgewählt hat ⁽³⁾. Diese Auffassung ⁽⁴⁾ steht aber dem Mitwirkungsverlangen nur scheinbar entgegen.

Es ist demgegenüber nämlich in Betracht zu ziehen,

(1) Julius von Gierke Handels- und Schiffahrtsrecht S. 185.

(2) Schumann Handelsrecht Band 1 S. 48

(3) Schumann Handelsrecht Band 1 S. 48

(4) Hueck Recht der OHG S. 107 misst ihr besondere Bedeutung zu.

dass die Ordnung der Geschäftsführung nur zusammen mit den übrigen Bestandteilen des Vertrages und den ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes ein Ganzes bildet ⁽¹⁾. Schon ohne Berücksichtigung der besonderen Treupflicht unter den Gesellschaftern, die, wie auch Hueck anerkennt ⁽²⁾, zu einer Vertragsänderung und einem entsprechenden Angebot zwingen kann, ergibt die Auslegung der allgemeinen Vertragspflichten und der ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes, zu welchen auch die §§ 117, 127 HGB zählen, dass die Forderung nach unverändertem Fortbestehen des Gesellschaftsvertrages sich in Wirklichkeit nicht mit der Existenz des Instituts der Entziehungsklagen und der Forderung nach Bestandsschutz verträgt.

Der unveränderte Bestand des Gesellschaftsvertrages ist nur dann unverbrüchlich verbürgt, wenn kein wichtiger Grund gegen einen geschäftsführungsbefugten Gesellschafter vorliegt. Tritt ein solcher Grund ein, so hat weder der Betroffene noch ein Mitgesellschafter ein Anrecht darauf, dass die Geschäftsführung unverändert belassen wird, weil dies zu ernststen Gefahren für die Gesellschaft führen kann. Auch hat sich jeder Gesellschafter, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, stillschweigend der ergänzenden Ausnahmeregel in §§ 117, 127 HGB unterworfen. Dies ergibt sich für § 117 HGB ausdrücklich aus § 109 HGB. Das Entziehungsinstitut in den genannten Vorschriften wertet das Recht des sich weigernden Gesellschafters

(1) Mehlend § 47 VI 2, Fechner DRZ 49/95

(2) Recent der OHG S. 112, 323.

auf unveränderter Fortsetzung des Vertrages erkennbar ab.

Das Abberufungsrecht in §§ 117 und 127 HGB ist deshalb kein eigennütziges Recht eines jeden Gesellschafters, sondern ein Pflichtrecht. Dies folgt schon daraus, dass diese Bestimmungen mehr dem Schutze der Gesellschaft als dem Einzelnen dienen. Daher ist auch bei §§ 117 und 127 HGB Voraussetzung, dass die Klage von allen übrigen Gesellschaftern erhoben werden muss. Bestände ihre Funktion darin, dem einzelnen Gesellschafter nützlich zu sein, so müsste ihm folgerichtig auch allein das Klagerecht zustehen und nicht der Gemeinschaft der übrigen.

Gegenüber dem Pflichtrecht müssen die eigensüchtigen Interessen der Widerstrebenden jedoch weitgehend zurückstehen.

Die Mitwirkungspflicht des sich weigernden Gesellschafters lediglich deswegen zu verneinen, weil das Verlangen nach Mitwirkung das Verlangen nach Vertragsänderung ist, kann daher nicht gerechtfertigt sein. Freilich besteht die Pflicht zur Änderung eines Vertrages, jedenfalls im Gesellschaftsrecht nur unter besonderen Umständen ⁽¹⁾. Weil die Parteien im allgemeinen die Befugnis haben, ihre Rechtsbeziehungen in dieser Hinsicht nach eigenem Belieben zu gestalten, ist bei der Annahme besonderer Umstände naturgemäss Zurückhaltung geboten. Es genügt nicht allein, dass dem widerstrebenden Gesellschafter die Änderung des Vertrages auch unter Berücksichtigung seiner Belange zuzumuten ist.

(1) BGH bei Lindenmaier-Möhring § 105 HGB Nr. 8 und § 161 HGB Nr. 13

Diese besonderen Umstände liegen aber, wenn ein wichtiger Grund zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht gegeben ist, in jedem Falle vor. Die positive Regelung im Gesetz ist der Ausdruck dafür, dass dieser Umstand stets Anerkennung verdient und zur Vertragsänderung führt.

Nach der Rechtsprechung soll das Abberufungsrecht, wie bereits hervorgehoben wurde, ein Sonderfall des § 242 BGB ⁽¹⁾ sein.

Die systematische Begründung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in der genannten Entscheidung ist allerdings, wie auch Hueck ⁽²⁾ zutreffend bemerkt, nicht vorbehaltlos als richtig anzuerkennen. Zutreffend ist zwar, dass der in §§ 117, 127 HGB liegende allgemeine Rechtsgedanke auch in der Generalklausel des § 242 BGB zu finden ist ⁽³⁾. Jedoch kann das Abberufungsrecht nicht als ein gesetz-

(1) vgl. OGH 1/39 mit zustimmenden Bemerkungen von Hueck in SJZ 1948 S. 755,

(2) am angegebenen Orte.

(3) Bei Parallelen zu Generalklauseln ist aber besondere Vorsicht geboten. Sie sind der höherwertigen ethischen Ordnung entnommene Hilfsbegriffe mit Blankettcharakter. Jedes rechtliche Institut muss sich daher, wenn man es genügend abstrahiert, denknotwendig auf die ethische Blankettnorm zurückführen lassen.

lich geregelter Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung angesehen werden. Diese Begründung kennzeichnet lediglich die negative Seite des Abberufungsrechts als Grenze für die Handlungsfreiheit des Geschäftsführers oder Vertreters. Die Vorschrift hat aber auch eine auf die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter bezogene positive Seite. Sie ist nicht nur Inhaltsbeschränkung des Geschäftsführungsrechts. Sie ist auch Rechtsbehelf für die übrigen Gesellschafter, sich der Untätigkeit zu erwehren und sich vor Schaden zu sichern. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzestextes.

Der wichtige Grund bei der Abberufung setzt kein Verschulden voraus. Auch kann lediglich Untätigkeit des Geschäftsführers, der seinen Pflichten aus Nachlässigkeit, Bequemlichkeit oder wegen einer Geisteskrankheit nicht nachkommt, zur Abberufung führen. Von einer unzulässigen "Ausübung" des Rechts der Geschäftsführung kann aber dann keine Rede sein.

Gemeinsam ist den denkbaren Möglichkeiten jedoch, dass die beim Vertragsschluss von den Gesellschaftern vorausgesetzten Fähigkeiten und Eigenschaften des Abzuberufenden entweder gar nicht vorhanden waren oder doch später weggefallen sind ⁽¹⁾. Daher liegt es näher, diese Bestimmungen als Sonderfall der Berücksichti-

(1) Der Fall, dass vorhandene Eigenschaften nicht ausgenutzt werden, gehört gleichfalls hierher. Er wird durch die Fassung im Text aber gedeckt. Tatkraft und Fleiss sowie die vielberufene Unternehmerinitiative sind auch Eigenschaften, die man bei einem Geschäftsführer voraussetzt.

gung unentwickelter Bedingungen, anzusehen. In seiner Ausgestaltung sowie in der systematischen Rechtfertigung scheint das Abberufungsrecht dem Institut der Geschäftsgrundlage nahe verwandt ⁽¹⁾. Das tritt besonders dann zu Tage, wenn man von den Voraussetzungen ausgeht, wie sie Lehmann ⁽²⁾ für die Anerkennung des Rechtes auf Vertragsänderung in diesen Fällen entwickelt hat. Wenn auch über die nähere Begründung und Begrenzung des Veränderungsrechts wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage noch keine völlige Übereinstimmung erzielt ist, so verdient doch die von Lehrmann gefundene Formel den Vorzug, weil sie eine Synthese aus den bisherigen Lehrmeinungen und der Rechtsprechung bildet und den Vorteil hat, eine subjektiv-objektive Interessenabwägung im einzelnen Falle zu gestatten. Oertmanns Formel ⁽³⁾ geht zu weit ⁽⁴⁾. Hiernach soll es bereits genügen, dass die Gegenpartei die Vorstellungen der anderen Vertragsparteien vom Sein oder Eintreten gewisser grundlegender Umstände als bedeutend erkannte, ohne sie zu beanstanden. Locher ⁽⁵⁾ hebt dagegen bereits zutreffend hervor, dass es auf die objektive Bedeutung der Umstände als Mittel zur Erreichung des Vertragszweckes ankommt.

-
- (1) (Dieser Auffassung scheint auch Weipert zu sein. §§ 117 Anm. 2. Er hebt hervor, dass das Abberufungsrecht aus § 242 BGB wegen " veränderter Umstände " herzuleiten ist. Vgl. auch Fischer in RGR. Komm. zum BGB § 712 Anm. 12)
 - (2) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches § 35 A . VII
 - (3) Vgl. Oertmann Geschäftsgrundlage S. 37
 - (4) Seite 37 so zutreffend Larenz Geschäftsgrundlage S. 10 und Lehmann ^{aaO}
 - (5) Arch. Ziv. Pr. 121, 1 ff., vor allem S. 9

Der Versuch von Larenz (1), die Geschäftsgrundlagen absolut objektiv zu verstehen und darauf abzustellen, ob das Geschäft als brauchbar im Sinne der völkischen Gesamtordnung angesehen werden kann, muss abgelehnt werden. Darin liegt eine Missachtung der Vertragsfreiheit (2).

Larenz hat diese Meinung inzwischen selbst korrigiert (3).

Er sieht die Treupflicht ausschliesslich in ihrem Verhältnis zum konkreten Vertrag und hält sie nicht für identisch mit dem allgemeinen Billigkeitsgrundsatz. Er stellt daher wie Lehmann im Grunde genommen auf eine zweckgerechte Vertragsauslegung ab.

Lehmann will ein Recht auf Vertragsänderung dann gewähren, wenn das Festhalten am Vertrag wider Treu und Glauben verstösst und die Geltendmachung der Vertragsrechte sich als unzulässige Rechtsausübung darstellt, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- 1) Wenn die grundlegende Bedeutung des Umstandes für den Vertragsschluss dem Vertragsgegner erkennbar ist.
- 2) Wenn ferner nur die Gewissheit hinsichtlich des Vorhandenseins, der Fortdauer oder des Eintritts des fraglichen Umstandes die Partei, die darauf Wert legte, davon abgehalten hat, vom Gegner seine Anerkennung als Bedingung zu verlangen.

(1) Vertrag und Unrecht I S. 164

(2) Vgl. im Ergebnis wie hier: RG 168, 127

(3) Geschäftsgrundlage S. 161.

- 3) Wenn endlich der Gegner sich auf dieses Ansinnen, falls man die Unsicherheit des Umstandes ernsthaft in Betracht gezogen haben würde, mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages eingelassen hätte, oder redlicherweise hätte einlassen müssen.

Diese Formulierung bestätigt die Verwandtschaft des Abberufungsrechts mit dem Institut der Geschäftsgrundlage in doppelter Hinsicht. Sie rechtfertigt den Mitwirkungsanspruch und hilft gleichzeitig, die Grenze zu konkretisieren, welche die Treuepflicht des einzelnen Gesellschafters an der Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen findet. Sie bietet den Vorteil, die Lebenswirklichkeit des Einzelfalles berücksichtigen zu dürfen.⁽¹⁾

Fähigkeit und Redlichkeit des zur Geschäftsführung und zur Vertretung berechtigten Gesellschafters sind Umstände, die regelmässig von grundlegender Bedeutung für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages, jedenfalls aber für die Übertragung dieser Rechte durch die übrigen Gesellschafter sein werden. Wegen der weittragenden Folgen, die sich aus der Regelung der Geschäftsführungsbefugnis und vor allem der Vertretungsmacht für alle Beteiligten ergeben, ist für die Gesellschafter bei Vertragsschluss unschwer erkennbar, dass den erwähnten Voraussetzungen auch grundlegende Bedeutung von jedem einzelnen subjektiv beigemessen wird.

(1) wie Fechner DRZ 49/94 zutreffend fordert.

Fehlen Bestimmungen im Verträge über die Entziehung dieser Rechte, so hat lediglich das Vertrauen auf das Vorhandensein und die Fortdauer dieser Eigenschaften die übrigen Gesellschafter davon abgehalten, von den Vertragspartnern die Anerkennung dieser Voraussetzungen als Bedingung zu verlangen. Die psychologische Voraussetzung der Bedingung ist der Zweifel. Es leuchtet ein, dass niemand unter Umständen beträchtliche Vermögenswerte auch nur der Mitverwaltung eines Geschäftsführers überlassen wird, in dessen Redlichkeit und Fähigkeit er Zweifel setzt, ohne sich durch eine entsprechende Vertragsklausel die Abberufungsmöglichkeit zu sichern. Die praktische Erfahrung lehrt, dass häufig nähere vertragliche Regelungen nur deswegen unterbleiben, weil man in der besonderen Vertrauensatmosphäre des Gründungsaktes mehr an eine gedeihliche Fortentwicklung des Unternehmens als an Schwierigkeiten der gesellschaftlichen Zusammenarbeit denkt ⁽¹⁾.

Die Gründung eines gemeinsamen Unternehmens ist auch nur im Ausnahmefalle als spekulatives Geschäft anzusehen, bei welchem die Gesellschafter

(1) Wie sehr dies zutrifft zeigt, dass selbst ein so gut durchdachtes Werk wie: Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personalgesellschaften, München und Berlin 1959, die Möglichkeit, dass hierüber Schwierigkeiten auftauchen, nicht mit einem Wort erörtert. Auch Fiegle, Godehard, Die Gesellschaft Stuttgart und Hannover 1955, beschäftigt sich nur mit der Frage, ob man Vereinbarungen über das Verfahren und über nähere Kennzeichnung des wichtigen Grundes treffen soll.

bewusst das Risiko einer zukünftigen Änderung in Kauf nehmen ⁽¹⁾. Dies trifft vor allem keinesfalls auf die Gestaltung der Geschäftsführung, Befugnis oder die Übertragung der Vertretungsmacht zu. Wenn aber die Gesellschafter die Unsicherheit der erwähnten Voraussetzungen ernsthaft in Betracht gezogen haben würden, so hätten sie mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages - die gemeinsamen Interessen und das gemeinsame Unternehmen nach besten Kräften zu fördern - einer Klausel, welche die Abberufung ermöglicht, zugestimmt oder doch redlicherweise zustimmen müssen.

Insbesondere aber zeigen die Fälle, in denen es um die Feststellung geht, ob eine Mitwirkungspflicht anzuerkennen ist oder versagt werden muss, weil dem sich weigernden Gesellschafter in der Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen wichtige Gründe zur Seite stehen, die nahe Verwandtschaft mit dem Institut der Geschäftsgrundlage. Für den einzelnen Fall ist bei der Prüfung nämlich stets auf die Interessenlage bei Abschluss des Vertrages zurückzugreifen. Wenn aus dem Vertragsinhalt und den sonstigen Umständen geschlossen werden kann, welche Beschränkung der einzelne Gesellschafter für den Wert der Beteiligung am Unternehmen in Kauf genommen haben würde und bei welchem Mass der Beeinträchtigung seiner freien Entschliessung er auf eine solche Beteiligung verzichtet haben würde, sind der

(1) RG 159, 260, OLG Kiel in JW 1932, 522.
In solchen Fällen ist ein Abänderungsrecht nicht zu gewähren.
Die Entscheidungen beziehen sich nicht auf das Abberufungsrecht in §§ 117, 127 HGB, sondern auf den herausgestellten Grundsatz bewusster Risikoübernahme.

richterlichen Entscheidung über die Treupflicht und die Grenzen der Treupflicht gewisse Bahnen vorgezeichnet. Diese Prüfung der Treupflicht und der Treupflichtgrenzen im Rahmen des Mitwirkungsanspruchs fällt damit aber in ihren grundlegenden Voraussetzungen mit den Voraussetzungen zusammen, die auch zur Berücksichtigung der Veränderung der Geschäftsgrundlage erfordert werden.

Damit ergeben sich für einen Mitwirkungsanspruch drei Quellen:

1. Die sich aus der subsidiären Bestimmung des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) ergebende (Treu-)Pflicht der Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszwecks in den Auswirkungen ihrer Korrektivfunktion.
2. Die Bestandsschutzgarantie als Grundlage der in §§ 117, 127 HGB getroffenen Normentscheidung über die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft.
3. Die aus der Geschäftsgrundlage abzuleitende Pflicht, unter besonderen Voraussetzungen bei der Abänderung des Gesellschaftsvertrages mitzuwirken.

Sie haben einen gemeinsamen Ursprung in dem allein Gesellschaftern gemeinschaftlichen Zweck des Vertrages ⁽¹⁾.

Sieht man den Rechtsgrund des Mitwirkungsanspruchs in der Korrektivfunktion der Treupflicht, so bleibt zu bedenken, dass positive Hauptpflichten aus ihr nur bei "notleidender Rechtsethik" ⁽²⁾

(1) Flume S. 217 leugnet neuerdings einen solchen selbständigen neben der vertraglich vereinbarten Leistung bestehenden Zweck. Davon nimmt er jedoch die Gesellschaften und gesellschaftsähnlichen Verträge aus. Hierzu vgl. den folgenden Text.

(2) Esser JZ 1956/556.

als letztes Mittel hergeleitet werden dürfen. Auch hier bleibt der Gesellschaftszweck stets massgebend ⁽¹⁾.

Die ethische Durchdringung des Rechts bedarf methodischer Besinnung, kasuistischer Tradition und dogmatischer Kontrolle ⁽²⁾, die Gefahr einer missbräuchlichen voreiligen Anwendung der Generalklauseln ist keineswegs gebannt, wie Herrmann ⁽³⁾ meint.

Nach wie vor kann nicht nachdrücklich genug gegen jede voreilige richterliche Selbsthilfe ⁽⁴⁾ mit der Absicht, das ius strictum durch vage Billigkeitserwägungen zu umgehen oder "sinnvoll" ⁽⁵⁾ zu ergänzen, gewarnt werden ⁽⁶⁾.

Letztlich ergibt sich nur vom Geschäftszweck her ein Maßstab für das vertragsmässige Verhalten und für die Bestimmung der Leistungspflicht ⁽⁷⁾. Die Besinnung darauf, dass auch die ergänzende Auslegung noch Entfaltung des Vertragssinnes ist ⁽⁸⁾, hilft die Gefahren der Generalklauseln bannen. Die Autonomie der Vertragsschliessenden, in festumrissenen Normen ihr Verhalten zueinander bestimmen zu können, bleibt in diesem Rahmen stets beachtlich. Darin, dass sie

(1) Geiler bei Staudinger § 705 Vorbem. 35 b.

(2) Esser JZ 1956/556

(3) JZ 1955/183

(4) Böhmer 2.Buch 2.Abtlg. S. 77

(5) Böhmer 2.Buch 2.Abtlg. S. 78

(6) vgl. auch Lehmann: Gesellschaftsrecht S. 68 und bei Enneccerus § 177 II 2, der gerade für die Annahme positiver Leistungspflichten Vorsicht anrät.

(7) Esser Grundsatz und Norm S. 377

(8) Enneccerus-Nipperdey S. 1254 Anm. 29

sien damit gleichzeitig dem sittlich Höheren. Gebot der immanenten "Vertragsgerechtigkeit" (1) unterwerfen, liegt der eigentliche Rechtsgrund des Mitwirkungsanspruchs, soweit die Treupflicht als Quelle in Betracht kommt.

Die Vertragsgerechtigkeit, welche den Inhalt der Treupflicht bestimmt, lässt sich nur vom Geschäftszweck her ermitteln.

Er kann für Gesellschaftsverträge sicherlich nicht geleugnet werden (2). Zunächst stehen allerdings die Zwecke der Parteien im Vordergrund.

Die Bestimmung des Vertrages besteht aber darin, den Gesellschaftern Mittel zur Erreichung ihrer korrespondierenden, zuweilen auch wohl widersprechenden Zwecksetzungen zu sein. Der Parteiliche stimmt notwendig darin überein, den Zweck des Vertrages gerade in dieser Funktion zu sehen, weil sonst keine Einigkeit erzielt ist. Im einzelnen Falle kann die Vertragspartei natürlich gezwungen sein, ihre Begehrendisposition einzuschränken, um wenigstens einen Teilerfolg zu erzielen. Der Vertrag mit seinen privatautonomen Formeln hilft das Bedürfnis des einzelnen Gesellschafters nach Willensherrschaft jedenfalls unter den Parteien zufriedenzustellen.

Man kann ihn daher als eine fixierte Entscheidung der Vertragsparteien über eine typische Interessenlage bezeichnen. Er hat den Zweck, ohne staatliche Hilfe eine bestimmte, sei es auch

(1) Vgl. Larenz Geschäftsgrundlage S. 162

(2) Vgl. Flume S. 217

nur, vorübergehende Ordnung unter den Parteien herzustellen ⁽¹⁾.

Daher erschöpft er sich nicht nur in der Funktion des Leistungsaustausches, der bei Gesellschaftsverträgen ohnehin weitgehend in den Hintergrund tritt, sondern hat normativen Gehalt.

Der Vertrag ist aber Rechtsgeschäft und nicht selbständige Rechtsquelle ⁽²⁾.

Die aus der Selbstbestimmung entstehende partikuläre Ordnung ist nur soweit rechtliche Ordnung, als sie Aussicht hat, von der Gesamtrechtsordnung anerkannt zu werden ⁽³⁾.

Die Rechtfertigung der Privatautonomie liegt darin, dass die Rechtsordnung die Selbstbestimmung als Wert anerkennt. Verwirklicht werden kann sie jedoch nur, wenn die Macht zur Selbstbestimmung besteht ⁽⁴⁾.

Sie kann sich daher auch nur in dem festen Gefüge der Rechtsordnung vollziehen.

Demgemäss ist der Vertrag, soweit er Rechtsschutz geniesst, nicht nur Werk der Privatautonomie, sondern erhält seine Anerkennung als ein von der Allgemeinheit gebilligtes Rechtsgebilde.

Die Vertragsfreiheit, vom Gesetz eingeräumt,

(1) Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit
S. 115 Raiser in Hundert Jahre deutsches
Recht Festschrift Deutscher Juristentag

(2) Schmidt-Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts Arch.Ziv.Pr.
147/155

(3) Raiser aaO. S. 119; Flume S. 142

(4) Flume S. 143

findet ihre Grenzen deshalb an den vom Gesetz als vertragstypisch gekennzeichneten Merkmalen des privilegierten rechtlichen Instituts.

Darüber hinaus ist ihre Verwirklichung nicht möglich.

Bei der Bestimmung der vertragstypischen Merkmale müssen die von der Rechtsordnung geprägten Vertragstypen als Leitbilder nicht näher erklärbarer sozialer Erscheinungen zunächst hingenommen werden.

Die Rechtswissenschaft ist eine Erfahrungswissenschaft. Die Erfahrung ist nur von der Erscheinung herzuleiten.

Damit ist freilich für eine Unterscheidung nichts gewonnen. Die Erfahrung lehrt aber ferner, die Merkmale nach ihrem Funktionswert einzustufen. Als vertragstypisch müssen danach solche Merkmale gelten, welche die Funktionsfähigkeit des Instituts garantieren.

Solche Merkmale sind für den Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft unter anderem, dass die Gesellschafter ihre individuellen Belange in einem gewissen Masse dem gemeinsamen Zwecke unterordnen, um die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft überhaupt zu ermöglichen.

Da die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft dazu bestimmt sind, einer gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit, meist auch dem gemeinsamen Gewinnstreben zu dienen, ist eine gewisse Dauer begriffsnotwendige Voraussetzung.

Das zwingt dazu - wie bereits oben erörtert ist - in erster Linie an ihren Bestandsschutz zu denken.

Die gesetzliche Regelung hat diesen Gesichtspunkten Rechnung getragen. Will man den Inhalt der Treupflicht bestimmen, muss man auf diese grundsätzlichen Merkmale, welche die Normentscheidung des Gesetzes tragen, zurückgreifen.

Soweit die Treupflicht als Quelle für einen Mitwirkungsanspruch in Betracht kommt, lässt sie sich ihrem realen Gehalt nach auf diesen in §§ 117, 127 HGB evidenten Grundsatz zurückführen. Ihr Funktionswert trifft also letztlich ein vertragstypisches Merkmal.

Nicht anders verhält es sich mit der in der Geschäftsgrundlage gefundenen Pflicht, der Vertragsänderung, die in der Abberufung liegt, zuzustimmen.

Durch die Lehre von der Geschäftsgrundlage werden die Beziehungen des Vertrages auf die Wirklichkeit gegenüber dem Vertrag verselbstständigt.

Gegen diese Verselbstständigung wendet sich neuerdings Flume (1).

Für die hier notwendige Untersuchung mag es dahingestellt bleiben, ob es mit Hilfe der Deduktion Flumes gelingt, das Institut der Geschäftsgrundlage als überflüssig aufzulösen.

Seine Ausführungen verdeutlichen aber, wie nahe Vertragsauslegung, ergänzende Auslegung und

(1) S. 208, 209, 217. Jedenfalls bei einfachen Schuldrechtsverhältnissen.

Geschäftsgrundlage beieinander liegen (1). Ihnen ist als negatives Element gemeinsam der Mangel, im Erklärungstatbestand des Vertrages, der eine Ermittlung des Bindungswillens der Parteien allein aus dem Vertragsinhalt nicht mehr zuzulassen scheint.

Hier wie dort wird die Frage nach der Grenze des Bindungswillens als das bedeutsame Kriterium herausgestellt (2).

Ob der Wille der Vertragsparteien in diesem Zusammenhang aber überhaupt oder allein massgebend sein kann, erscheint mehr als fraglich, da es sich um Grenzgebiete der Privatautonomie handelt.

Nach der Lehre von der Geschäftsgrundlage soll der Bindungswille dann nicht mehr vorliegen, wenn sich die Verhältnisse in der Wirklichkeit in einer Weise verändert haben, wie sie beide Vertragspartner nicht vorhergesehen haben und daher auch nicht annehmen konnten, dass der äussere Erklärungstatbestand selbst angesichts dieser Veränderungen geeignet bleiben könnte, ihre Rechtsverhältnisse zu regeln.

Tatsächlich besagt dies aber über den Bindungswillen der Parteien nichts (3).

-
- (1) Zu diesem Ergebnis kommen auch Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 20. Aufl. 1957, S. 156 ff und Lange, Festschrift für Gieseke S. 52
 - (2) Hierüber vgl. Henckel Arch.Ziv.Pr. 159 S. 115
 - (3) Es besagt vor allem nichts über das weitere Schicksal des Vertrages. Nicht in jedem Fall kann der Mangel in der Geschäftsgrundlage zur schlichten Unwirksamkeit des Vertrages führen.

Die Vorstellung der Seinsunterworfenheit und der Abhängigkeit von Seinsveränderungen ist bei jeder Vertragspartei selbstverständlich.

Entscheidend bleibt daher die Vorstellung der Parteien von dem Umfang der möglichen Risikoumwälzung und der Risikoverteilung ⁽¹⁾.

Lediglich Veränderungen, die jenseits dieses Vorstellungsinhalts liegen, werfen die Frage nach dem Bindungswillen überhaupt auf. Um die Grenze des Bindungswillens zu bestimmen, gilt es daher einen Maßstab für die von den Parteien in Betracht gezogene Wirklichkeitsumwälzung zu finden und die Risikoverteilung zu ermitteln, die ihrem Willen entspricht oder von ihnen als vertragsgerecht anerkannt werden kann.

Dabei kommt es darauf an, den Mangel im Erklärungstatbestand zu überwinden, ohne zugleich auf eine allein objektive Wertung abzustellen, weil dies den Grundsatz der Privatautonomie verletzen würde.

Aus dem Gedanken des Schutzes für den redlichen Rechtsverkehr lässt sich der Maßstab daher nicht gewinnen. Durch eine derartige Wertung könnte die Vorstellung der Parteien allenfalls nach objektiven Gesichtspunkten vermutet werden.

Die Umstände des einzelnen Falles allein entscheiden gleichfalls nicht. Es muss nämlich bedacht werden, dass die privatautonome Ordnung unter den Parteien sich nicht im rechtsleeren Raum bildet und vollzieht.

(1) Das scheint auch die Auffassung der Rechtsprechung vgl. RG 159,260 und Lehmann bei Enn. § 41 III 2. Bei bewusster Übernahme des Risikos künftiger Änderung der Wirklichkeit kommt eine Lossage vom Vertrag nicht in Betracht.

Demgemäss kann für die Bindung der Parteien auch nicht die dem Vertragsmechanismus eigene Gerechtigkeitstendenz entscheidend sein ⁽¹⁾.

Sie lässt sich ferner nicht mit Hilfe einer sittlich höheren Norm, welcher sich die Parteien bei Vertragsschluss als dem höheren sittlichen Gebot immanenter materialer Vertragsgerechtigkeit unterwerfen ⁽²⁾, eingrenzen.

Die Vorstellung, dass die Parteien ihre Einzelwertung von einem höheren sittlichen Wert ableiten, ist zwar zutreffend ⁽³⁾, sie führt aber nur zu einem neuen ethischen Hilfsbegriff, für welchen als Massstab alle bereits bei den Treupflichten erörterten Bedenken gelten.

(1) anderer Ansicht: Schmidt-Wimpler ArchZivPr. 147/149, 156, Festschrift für Nipperdey S. 5; der damit das Wesen der Privatautonomie allein begründet. Schmidt-Wimpler versteht die Gerechtigkeitstendenz ("Nichtigkeitsgewähr") als Phänomen. Als solches ist sie unbestreitbar aber auch nicht begreifbar. Da ein Phänomen sich den Denkgesetzen entzieht, ist es als Massstab nicht zu verwenden. So bestimmt Schmidt-Wimpler denn auch den Begriff der Nichtigkeit (S. 132) so komplex, dass er für die Anwendung mehrdeutig wird. Seine Elemente, Gerechtigkeit, Zweckmässigkeit und Rechtssicherheit können leicht in Gegensatz zueinander geraten. Häuser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit S. 118.

(2) Larenz, Geschäftsgrundlage 2. Aufl. S. 161

(3) Larenz, Geschäftsgrundlage, 2. Aufl. S. 162, Häuser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit S. 377.

Die Vorstellung der Parteien umfasst aber den Vertrag als Typ. Dies ist allerdings nicht so zu verstehen, als ob ihnen eine exakte juristische Begriffsbestimmung möglich wäre, denn ihr Vorstellungsvermögen wird sich in der Regel an Leitbildern erschöpfen. Immerhin verdeutlichen gerade das Leitbild die formtypischen und funktionstypischen Merkmale des speziellen Vertrages. Sie sind damit nach dem Willen der Parteien stets Inhalt des Vertrages, auch wenn es an einer ausdrücklichen Erklärung hierüber mangelt.

Aus ihnen ergibt sich eine ganz bestimmte Risikoverteilung, welcher die Parteien sich mit dem Vertragsschluss zugleich unterworfen haben. Jeder hat daher das ihm vertragstypisch zukommende Risiko zu tragen ⁽¹⁾.

Einige form- und funktionstypischen Merkmale des Gesellschaftsvertrages sind bereits hervorgehoben worden. Zu ihnen zählt unter anderem, dass für seinen Bestand eine gewisse Dauer vorausgesetzt werden muss.

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Bestand der Gesellschaft zu schützen.

Ein weiteres Merkmal, das auch dem Leitbild als Element zugeordnet werden darf, liegt in der Vorstellung, dass es gerade dem Wesen der Gesellschaft entspricht, dass die Gesellschafter individuelle Belange dem gemeinsamen Zweck unterordnen und Beschränkungen ihrer Entscheidungsfreiheit in Kauf nehmen.

(1) Im Ergebnis wie hier Flume S. 236. Den Risikogedanken verwenden im Bereich der Geschäftsgrundlage auch Esser JZ 1958/113, von Caemmerer NJW 1956/569. Rabel: Recht des Warenkaufs S. 343 und 357.

Diese Elemente schaffen die - in diesem Zusammenhang - für den Gesellschaftsvertrag typische Risikoverteilung. Der Einzelne muss seine persönlichen Interessen in der Regel zurückstellen, wenn sie die Interessen der Gesellschaft oder gar ihren Bestand gefährden.

Diese Risikoverteilung findet gleichfalls in der Normentscheidung der §§ 117, 127 HGB Ausdruck. Wirklichkeitsumwälzungen sollen in dem dort vorgezeichneten Rahmen nicht zur Auflösung führen. Es wird vielmehr dem einzelnen Gesellschafter zugemutet, der mit der Abberufung notwendig verbundenen Vertragsänderung zuzustimmen.

Damit lassen sich die drei verschiedenen Quellen der Mitwirkungspflicht auf den gleichen Kern zurückführen.

7.) Die Rechtspflicht zur Mitwirkung als Verbindlichkeit.

Mit Rücksicht darauf, dass die Rechtsordnung Pflichten unterschiedlicher Intensität kennt, die nicht sämtlich einen klagbaren und durchsetzbaren Anspruch gewähren, ist nunmehr die Rechtsnatur der festgestellten Mitwirkungspflicht im Hinblick hierauf zu untersuchen.

Weil der Gesetzgeber das Feld zwischen pflichtfreiem Handeln und Verbindlichkeiten nicht in rechtstechnisch typisch gefassten Bestimmungen einheitlich geregelt hat, würde es der Anwendung rechtsdogmatischer Mittel bedürfen, um die Voraussetzungen zur Unterscheidung der Intensität des Rechtszwanges im Einzelnen zu erarbeiten.

Die Zahl der Versuche in Einzelschriften die einzelnen Grade des Rechtszwangs zu erfassen und systematisch darzustellen ist unübersehbar (1). Eine umfassende Untersuchung ist im Hinblick auf den Zweck dieser Arbeit nicht erforderlich. Hier darf nur die Frage aufgeworfen werden, ob die festgestellte Rechtspflicht Verbindlichkeit ist. Auch über den Begriff der Verbindlichkeit ist viel gestritten worden (2). Das bisherige Bemühen dieser Arbeit gegenüber der logischen Konstruktion dem Denken in Rechtsinstituten den Vorrang einzuräumen, nötigt zu dem Versuch die Verbindlichkeit zunächst institutionell zu bestimmen.

Die Leistung wird durch den Inhalt des Schuldverhältnisses im engeren Sinne bestimmt. Sie ist das Objekt des Rechtszwanges. Der Tatbestand der Erfüllung führt zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Das Schuldverhältnis ist auf Erfüllung gerichtet. Der Rechtszwang dient folglich dazu, die Erfüllung sicherzustellen. Das rechtliche Sollen entspricht demgemäss der Funktionswirkung von Tatbestand und Rechtsfolge.

-
- (1) Lesser, Inhalt der Leistungspflicht, Hellwig, Anspruch und Klagerecht; Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben; Küpper-Fahrenberg, Die Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch Dritte im Versicherungsrecht, sämtlich mit weiteren Nachweisen, sollen hier neben dem ersten systematischen Versuch Schmitz, die Obliegenheiten, nur beispielhaft genannt werden.
- (2) Aus der Vielzahl der Darstellung darf hier ohne jede Wertung und beispielhaft auf Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 68 ff; Sohm-Mittheis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, S. 353; Jörs-Kunkel-Wenger, S. 61 ff. verwiesen werden.

Damit ist aber zur Unterscheidung selbst dann nichts gewonnen, wenn man auf das Fortwirken dieses Zwanges in den prozeßrechtlichen Bestimmungen (§§ 253 ff ZPO) bis zur Vollstreckung verweisen darf (§ 704 Abs. I ZPO, §§ 724 ff. und §§ 750 ff. ZPO).

Die Klagbarkeit und die Vollstreckungsmöglichkeit als bloße Folge dieses Zwanges besagen über die Intensität der zugrundeliegenden Rechtspflicht nicht mehr als, dass sie den höchsten von der Rechtsordnung zugebilligten Grad besitzt.

Diese Unterscheidung ist für den vorliegenden Fall unbrauchbar, weil sie das Ergebnis voraussetzt. Ein vorformuliertes Rechtsinstitut eines Mitwirkungsanspruchs, das Rückschlüsse auf den Grad des Rechtszwanges gestatten würde, bietet das geltende Recht gleichfalls nicht.

Nun sind aber die Rechtsregeln über die Leistungsstörungen in ähnlicher Weise mit dem Tatbestand der Erfüllungsansprüche verknüpft. Die in ihnen verankerten Sanktionen setzen demnach eine Verbindlichkeit voraus. Das gilt auch für die kraft Gewohnheitsrechts entwickelten Sanktionen bei Leistungsstörungen im weiteren Sinne. Die Zubilligung eines Schadenersatzanspruches darf daher regelmäßig als Kriterium dafür gelten, dass ein hoher Grad rechtlicher Pflicht gegeben ist (1). Sie bildet die untere Grenze für den Bereich des pflichtgebundenen Handelns.

(1) Im Ergebnis wie hier: Siber, Rechtszwang S. 40, 253, 255, Schmidt R., S. 36 mit weiteren Nachweisen.

Das Mitwirken bei der Abberufung kann daher schwerlich in den Raum des pflichtfreien Handelns des Gesellschafters fallen, wenn an die schadensstiftende Weigerung ein Ersatzanspruch geknüpft werden soll.

Verweist man die übrigen Gesellschafter wegen der Verweigerung der Mitwirkung auf die Auflösungs- oder Ausschlussklage, so würde - merkwürdig genug - der Verstoß gegen ein rechtliches Gebot minderer Intensität zum Ausschluss oder zur Auflösung führen. Im einzelnen darf - um Wiederholungen zu vermeiden - hierzu auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

Um eine klare Abgrenzung zu ermöglichen, ist es erforderlich bei den Abberufungsinstituten zwei Stufen verschiedenen rechtlichen Inhalts zu unterscheiden. Das Abberufungsrecht fällt nach den hier gefundenen Ergebnissen in den Kreis der Gestaltungsrechte. Damit gehört es grundsätzlich in den Bereich des pflichtfreien Handelns. ⁽¹⁾ Da aber dieses Recht nur allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, ist auch die pflichtfreie Entscheidung nur dieser Gemeinschaft übertragen. Rückschlüsse auf die Pflicht des einzelnen Gesellschafters lassen sich daher aus der Natur des Abberufungsrechts nicht herleiten. Hierfür ist allein das Verhältnis unter den Gesellschaftern maßgebend.

(1) RG 92/1 ff.

Das Gesetz hat nicht mehr geregelt, in welcher Weise die allen gemeinsam zustehende pflichtfreie Entscheidung über die Klageerhebung herbeigeführt werden soll. Für die juristischen Personen des Privatrechts ist diese Entscheidung dem jeweils der Geschäftsführung übergeordneten Organ in der Regel übertragen ⁽¹⁾. In jedem Falle reicht die Mehrheit eines solchen Organs aus, vorausgesetzt, dass Beschlussfähigkeit gegeben ist. Die sich widersetzende Minderheit ist damit diesem Beschlusse gleichfalls unterworfen. Es ist jedoch nicht unbedenklich für den Grad der Pflicht aus diesen Bestimmungen Grundsätze abzuleiten und auf die Gesellschaften des Handelsgesetzbuches zu übertragen. Diese sind nicht nur Vermögens- sondern auch Arbeitsgemeinschaften und stehen damit der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft näher. Hier bestimmt § 712 BGB, daß nur durch einstimmigen Beschluss - falls der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht - das Geschäftsführungsrecht entzogen werden darf. Allerdings ist auch aus dieser Bestimmung über die Pflicht nichts herzuleiten. Die Einstimmigkeit ist hier - wie bereits dargelegt wurde - lediglich Rechtsfolgevoraussetzung mit Rücksicht auf den materiellrechtlichen Gehalt dieser Bestimmung.

(1) § 75 AktGes. Abs. III, § 38 GmbHGes.,
§ 27 BGB i. v. m. § 32 BGB

Um weitere Unterscheidungsmerkmale zu gewinnen ist es daher erforderlich mit rechtsdogmatischen Erwägungen an die Rechtsfolge-Tatbestandswirkung anzuknüpfen, wie sie für den Schadensersatzanspruch dargelegt wurde. Institutionell sind Rechtsfolgen unterschiedlicher Wirkung der Intensität des rechtlichen Söllens angepasst. Die Interessenlage, welche durch das jeweilige Institut geregelt werden soll, muss folglich ein Anhalt für den Grad der Pflicht ergeben. Dabei wird man in erster Linie die vertragstypischen Interessen berücksichtigen müssen. Der Frage, in wessen Interesse der Rechtszwang besteht und in wessen Interesse Erfüllung geboten ist, muss dabei besondere Bedeutung zugemessen werden.

Der Fall, dass die Erfüllung lediglich im eigenen Interesse geboten erscheint, um unmittelbaren Schaden von sich selbst abzuwenden, darf hierbei von vornherein ausgeschlossen werden.

Sofern die Erfüllung zugleich im fremden Interesse liegt, ist ein höherer Grad von Pflicht gegeben. Überwiegen die fremden Interessen so erheblich, dass demgegenüber das eigene Interesse als mehr zufällig mit der Rechtsfolge und weniger " final " mit der Tatbestandsmässigkeit verknüpft erscheint, so spricht dies im besonderen Maße für eine Verbindlichkeit.

Hier dürfen die zur Interessenlage bereits gefundenen Ergebnisse verwertet werden. Danach besteht unter den zur Abberufung berechtigten eine von dem Kreis der Gesellschafter verschiedene - wenn auch von der Gesellschaft nicht unabhängige - Interessengemeinschaft (1).

(1) Ihre Bindungen gehen über die der schlichten Interessengemeinschaft (Würdinger, Die Theorie der schlichten Interessengemeinschaft, S. 12, 21, 68) erheblich hinaus, weil hier nicht nur das gemeinschaftliche Recht, sondern auch die gesellschaftlichen Beziehungen die Berechtigten verknüpfen.

Im Interesse dieser Gesamtheit ist die Mitwirkung geboten. Der Zweck des Abberufungsinstituts und die Gleichrichtung der Interessen unter den Beteiligten kennzeichnen die Interessen dieser Gemeinschaft als so überwiegend, dass das Gebot der Mitwirkung als Verbindlichkeit anzusehen ist.

Dieses Ergebnis wird auch durch die ökonomische Richtigkeit der Zweck-Mittel-Beziehungen, der auf den Tatbestand abgestuften Rechtsfolge bestätigt. Als ökonomisch richtig kann nur ein solcher Grad des Rechtszwanges anerkannt werden, der die nötigen Sanktionen zur Lösung des Interessenkonflikts für die berechtigten Interessengruppen schafft, aber jede weitergehende Beschneidung von Interessen Dritter vermeidet. Auch hier darf auf die bereits gefundenen Ergebnisse verwiesen werden.

Sieht man in dem Gebot der Mitwirkung eine Verbindlichkeit, so werden tiefere Eingriffe wie Ausschluss des widerstrebenden Gesellschafters oder Auflösung der Gesellschaft nicht erforderlich. Damit ist auch zugleich geklärt, dass die Rechtspflicht in jedem Falle klagbar sein muss. Nur eine auch durchsetzbare Verbindlichkeit beseitigt nämlich diese unerwünschten Gefahren.

Ein weiterer Eingrenzungsversuch nach Haupt- oder Nebenpflichten erscheint rechtsdogmatisch verfehlt (1). Eine derartige Unterscheidung ist nur bei Schuldverhältnissen im engeren Sinne am Platze. Unter diese darf der Gesellschaftsvertrag jedoch nicht gerechnet werden. Es würde auch schon im Hinblick auf den allge-

(1) Die Abgrenzung ist sehr umstritten vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht; Enneccerus-Nipperdey, § 73 I Enneccerus-Lehmann, S. 20, Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, Kröger Nebenleistungen bei gegenseitigen Verträgen.

meinen Förderungsgrundsatz in § 105 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 705 BGB auf nahezu unübersehbare Schwierigkeiten stoßen einzelne Pflichten der Gesellschafter nach Haupt- und Nebenpflichten einzugrenzen. Richtiger erscheint es wie im Vorstehenden lediglich von Pflichten unterschiedlicher Intensität zu sprechen.

8.) Voraussetzungen eines Mitwirkungsanspruchs.

1 a) Wenn der Gesellschaftsvertrag, obwohl das Gesetz eine Abberufung aus wichtigen Gründen ausdrücklich vorsieht, über die Verwirklichung dieser Rechte keine Bestimmungen enthält, so nötigt dies zu dem Schluss, dass die Gesellschafter die Bedeutung dieses Instituts in Betracht gezogen haben und entweder davon ausgegangen sind, die Redlichkeit und Fähigkeit des Geschäftsführers werde auch für die Zukunft nicht in Zweifel gezogen werden müssen oder die Verwirklichung des Abberufungsrechts könne in einem solchen Falle nicht auf ernsthafte Schwierigkeiten stossen.

Nur diese vermeintliche Gewissheit wird sie in der Regel davon abgehalten haben, eine Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen, welche die übrigen Gesellschafter, falls ein wichtiger Grund zur Abberufung des Geschäftsführers vorliegt, zur Mitwirkung bei der Klage verpflichtet. Hierauf hätten sich im Zweifel die übrigen Gesellschafter eingelassen, wenn sie selbst die Unsicherheit der Verwirklichung des Abberufungsrechtes in Betracht gezogen haben würden. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Mitwirkungspflicht vor allem dann streitig wird, wenn es sich um einen Grenzfall handelt, bei welchem die Meinungen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, naturgemäss auseinandergehen können oder wenn

Zweifel darüber auftauchen, ob der widerstrebende Gesellschafter sich auf die Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen berufen darf.

Das Risiko, ob eine solche Mitwirkungsklausel sich zum Vorteil oder Nachteil eines Gesellschafters auswirkt, ist bei redlichem Vertragsschluss gleichmässig verteilt. Sie liegt damit im möglichen Interesse aller Beteiligten. Jeder von ihnen hätte sich mit Rücksicht auf den Vertragszweck auf die Vereinbarung einer derartigen Bestimmung doch wenigstens redlicherweise einlassen müssen, zumal durch sie nicht mehr sichergestellt wird, als die Möglichkeit, dem Richter den Sachverhalt zur Entscheidung zu unterbreiten. Die Beschränkung der Entschliessungsfreiheit ist für den Einzelnen daher nur gering. Er tauscht sie gegen die auch für ihn wirksame Sicherheit vor Willkürentscheidungen eines Mitgesellschafters geschützt zu sein. Steht dagegen fest, dass die Gesellschafter bei Vertragsschluss die Schwierigkeiten erkannt haben, die sich bei der Durchsetzung des Abberufungsrechts ergeben könnten und haben sie ernsthaft die Möglichkeit, von diesem Institut Gebrauch zu machen, erwogen, so darf ein Mitwirkungsanspruch nicht gewährt werden. In diesem Falle haben sie das Risiko, bei der Weigerung auch nur eines Gesellschafters mit ihrer Klage nicht durchzudringen, bewusst in Kauf genommen ⁽¹⁾. Ob dies der Fall ist, bleibt weitgehend Tatfrage, die nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden kann. Da sich aus den formtypischen und funktionstypischen Merkmale die gegenteilige Risikoverteilung ergibt, wird man hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast stellen müssen.

Wird den zur Klage entschlossenen Gesellschaftern unter diesen Voraussetzungen ein Anspruch auf Mitwirkung gewährt, so bietet die subjektiv-objektive Interessenabwägung hinreichend Schutz vor einer unbilligen In-

(1) Den Grundsatz der Risikoübernahme bei der Geschäftsgrundlage verwenden hier auch RG 159, 260 Lehmann bei Enneccerus § 41 III 2, allerdings nicht speziell auf den Fall des Abberufungsrechts bezogen.

Anspruchnahme des widerstrebenden Gesellschafters.

1 b) Die ganz beherrschende Voraussetzung einer erfolgreichen Klage bleibt auch hier, dass ein wichtiger Grund zur Abberufung des Geschäftsführers vorliegt. Denn nur wenn ein wichtiger Grund im Sinne der §§ 117, 127 HGB vorliegt, wird das Gericht eine Entscheidung fällen können, die den widerstrebenden Gesellschafter zur Mitwirkung zwingt. Dies ist allein schon deswegen notwendig, weil der sich weigernde Gesellschafter nicht selten seine Weigerung damit begründen wird, dass nach seiner Auffassung ein wichtiger Grund nicht vorliegt, und die beabsichtigte Klage daher keine Aussicht auf Erfolg hat.

Die Prüfung dieser Voraussetzung wird daher bei einem Streit um die Mitwirkung in diesen Prozess vorverlegt. Dennoch lassen sich die Grundsätze dieser Voraussetzung des Abberufungsrechts nicht ohne weiteres auch auf die zunächst gleichlautende Voraussetzung des Mitwirkungsanspruchs übertragen.

Es ist deshalb erforderlich auf die Einzelheiten hier nochmals einzugehen.

Es ist bereits erörtert worden, wie weit die Formulierungen des Gesetzes in den §§ 117, 127 HGB den Bestimmungen in § 133 und 140 HGB synonym sind. Beispielhaft werden hier grobe Pflichtverletzung und die Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung hervorgehoben. Auch der letzte Grund bietet nichts durchgreifend Neues gegenüber der Bestimmung des § 133 Abs. 2 HGB. In ihm ist lediglich der auch schon in § 133 Abs. 2 ausgesprochene allgemeine Grundgedanke (" wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird") auf den besonderen Fall der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht zugeschnitten.

Im Zusammenhang mit der subsidiären Bestimmung des bürgerlichen Rechtes (§ 705 BGB), welche die Pflicht der Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszweckes ausspricht und dem herausgestellten Schutzgedanken der §§ 117, 127 HGB ist davon auszugehen, dass zur Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, nicht so sehr die Interessen der Gesellschafter, wie die des Unternehmens von entscheidender Bedeutung sind. Nach diesem auf das objektive Interesse des Unternehmens abgestellten Gesichtspunkt liegt ein wichtiger Grund dann nicht vor, wenn die weitere Tätigkeit des Abzuberufenen im Unternehmen lediglich den übrigen Gesellschaftern subjektiv unangenehm ist oder auch sonstwie schädlich auf ihre Interessen einwirkt, die Arbeit des Unternehmens jedoch unter seiner Leitung weiterhin erfolgreich verläuft. Das wird regelmässig dann der Fall sein, wenn z.B. die Umsätze des Unternehmens steigen oder Gewinn erzielt wird ⁽¹⁾. Jedoch ist das Gewinnererzielen kein untrügliches Zeichen dafür, dass ein wichtiger Grund nicht vorliegt. Im einzelnen Falle kann die Vermutung begründet sein, dass eine Änderung in der Leitung des Unternehmens zu einer Verbesserung der Ertragslage führt ⁽²⁾.

Entscheidend ist, ob eine gedeihliche Förderung des Unternehmenszwecks auch dann möglich ist und den übrigen Gesellschaftern zugemutet werden kann, wenn Geschäftsführungsverhältnisse und Vertretungsmacht unverändert bleiben.

(1) RG 146, 176 ff.

(2) RG in JW 29, 1360.

Das subjektive Interesse des Abzuberufenen darf gleichfalls nicht in erster Linie berücksichtigt werden und allein entscheidende Bedeutung haben. Auch wenn im einzelnen Falle die Abberufung den Betroffenen hart und unbillig erscheinen mag, kann das Interesse an der Aufrechterhaltung des Unternehmens und der Förderung der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit überwiegen. Hier die Grenze zu ziehen, ist sehr schwierig. Die Bewertung liegt, wie noch im Folgenden auszuführen sein wird, weitgehend in der Hand des Richters ⁽¹⁾.

Einen wichtigen Grund wird er aber nur dann annehmen dürfen, wenn nach Treu und Glauben den übrigen Gesellschaftern die weitere Tätigkeit des Betroffenen als Geschäftsführer und Vertreter nicht zugemutet werden kann, weil wichtige Belange der Gesellschaft dadurch gefährdet werden ⁽²⁾. Dagegen braucht der wichtige Grund im Gegensatz zu § 140 HGB nicht unbedingt in der Person des Geschäftsführers zu liegen, wenn dies auch in der Regel der Fall sein wird.

Eine grobe Pflichtverletzung kann in jedem unredlichen Verhalten des geschäftsführungsbefugten Gesellschafters liegen. Aber auch die bloße Untätigkeit, die Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten als Geschäftsführer und die dauernde Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit durch

(1) RG 122/314; 153/179.

(2) Weipert in RGR-Kommentar Anm. 3 zu § 117 HGB, BGH 8/47 Geßler bei Sohlegelberger § 117 Anm. 4

ungerechtfertigte Widersprüche oder sonstiges treuwidriges Verhalten kann eine grobe Pflichtverletzung im Sinne dieser Vorschrift sein. Sie liegt mit Sicherheit immer dann vor, wenn der geschäftsführende Gesellschafter seine Machtstellung innerhalb des Unternehmens zum Nachteil der Interessen der übrigen oder des gemeinsamen Unternehmens zur Erlangung persönlicher Vorteile ausnutzt ⁽¹⁾.

Bei der Unfähigkeit ist Verschulden nicht vorausgesetzt. Hier entscheidet allein der objektive Sachverhalt. Fachliche Leistungsschwäche, Krankheit oder längere andauernde Abwesenheit sind in diesem Zusammenhang beispielhaft.

Schliesslich ist stets das Verhalten der übrigen Gesellschafter, welche die Abberufung verlangen, für die Beurteilung des wichtigen Grundes heranzuziehen ⁽²⁾. Der betroffene Gesellschafter kann nur dann abberufen werden, wenn festgestellt ist, dass nicht das vorausgegangene Verhalten des Gesellschafters, der die Abberufung verlangt, gerade der Grund für die Unhaltbarkeit der Regelung der Geschäftsführungsbefugnis ist.

Die systematische Begründung für die Berücksichtigung des Verhaltens der Gesellschafter, welche die Abberufung verlangen, ist in dem Recht des Ge-

(1) OLG Düsseldorf in JW 32/1671 für den Fall, dass aus derartigen Beweggründen der Antrag auf Konkurseröffnung über das Vermögen der OHG gestellt ist.

(2) BGH in JZ 52, 276 = Lindenmaier-Möhring Nr. 1 zu § 117

schäftsführers, sich auf den Grundsatz der gleichmässigen Behandlung aller Gesellschafter zu berufen, verankert. Dieser Grundsatz ist zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich normiert, er wird aber von der Rechtslehre und der Rechtssprechung für die Personengesellschaften anerkannt ⁽¹⁾.

Dieses Recht ist allerdings nicht in dem Sinne zu verstehen, dass es einen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gesellschafter gäbe ⁽²⁾. Die ausgleichende Wirkung besteht aber in dem Recht aller Gesellschafter, einen gleichen Maßstab bei ihrer Behandlung zu verlangen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt also immer dort, wo es nicht auf die Begründung von Leistungs- und Duldungspflichten des Gesellschafters, sondern auf die Begrenzung der Rechte des Einzelnen im Hinblick auf die Interessen der übrigen Gesellschafter ankommt ⁽³⁾.

Hieraus folgt, dass der Beklagte sich auf Verfehlungen der übrigen Gesellschafter nicht berufen kann, wenn auch in Anbetracht des vorausgegangenen Verhaltens der zur Abberufung entschlossenen Gesellschafter die Gründe, die seine Abberufung rechtfertigen, so durchschlagend sind, dass es unter keinen Umständen möglich und zumutbar er-

(1) Hueck, Alfred: "Das Recht der offenen Handelsgesellschaft" S. 79 Fussnote 6; Hueck, Goetz S. 35: RG 151/326; Kaiser ZHR 111, 81; Geßler bei Schlegelberger § 109 Anm. 22 S. 35.

(2) Hueck "Das Recht der OHG" S. 79.; Kaiser S. 82.

(3) Kaiser S. 84; Hueck "Das Recht der OHG". S. 79.

scheint, ihm die Rechte der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht ferner zu belassen.

In der Regel fehlt es für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dann an der wichtigen Voraussetzung des Vorhandenseins gleicher Bedingungen. Er bleibt jedoch für die Fälle von grosser Bedeutung, in welchen einer der übrigen Gesellschafter etwa an den Verfehlungen, die den wichtigen Grund zur Abberufung bilden, beteiligt gewesen ist. Bei einer solchen Sachlage bleibt zur Lösung des Streites unter den Gesellschaftern lediglich die Auflösungsklage übrig.

Sofern aber den Mitgesellschaftern mit Rücksicht auf das unter ihnen bestehende gegenseitige Treueverhältnis eine Mitwirkung zur Beseitigung des Mißstandes zuzumuten und damit eine einschneidende Maßregel nach § 117 vermieden werden kann, etwa durch eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages, liegt ein wichtiger Grund nicht vor. So müssen sich die übrigen Gesellschafter unter Umständen mit einer blossen Beschränkung des Wirkungskreises des bisherigen Geschäftsführers oder einer organisatorischen Abgrenzung der Pflichten und des Aufgabenkreises verschiedener Geschäftsführer zufrieden geben. Es kann ihnen auch zugemutet werden, dem betroffenen Gesellschafter zu gestatten, seine Geschäftsführungsbefugnis durch Bevollmächtigte ausüben zu lassen ⁽¹⁾

(1) RG 164, 257; Weipert in RGR-Kommentar zum HGB § 117 Anm. 7; Hueck "Das Recht der OHG" S. 112; OGH 1, 33; mit zustimmenden Bemerkungen von Hueck in SJZ 1948 S. 755.

Da es in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt ist, dass die Bestimmungen der §§ 117, 127 HGB nachgiebiges Recht enthalten ⁽¹⁾, kann der Gesellschaftsvertrag für den einzelnen Fall nähere Bestimmungen darüber treffen, was als wichtiger Grund im Sinne des § 117 oder § 127 HGB anzusehen ist. Der Grund für die Auffassung, dass diese Bestimmungen abdingbares Recht enthalten, ergibt sich aus ihrem Funktionswert. Er erstreckt sich in erster Linie auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Freilich werden bei der Vertretungsmacht und der Entziehungsmöglichkeit nach § 127 HGB auch die Interessen Dritter berührt. Diese sind aber hinreichend dadurch geschützt, dass die Entziehung der Vertretungsmacht, sofern sich die übrigen Gesellschafter Dritten gegenüber hierauf berufen wollen, ins Handelsregister eingetragen werden muss.

Wenn im Rahmen dieser Prüfung - wie bereits hervorgehoben wurde - als negative Voraussetzung feststehen muss, dass die Störung der gesellschaftlichen Zusammenarbeit allein durch die Abberufung zu beseitigen ist ⁽²⁾, so tritt hier

(1) RG 164, 257; Weipert in RGR-Kommentar zum HGB § 117 Anm. 7; Hueck "Das Recht der OHG" S. 114, OGH 1/33; mit zustimmenden Bemerkungen von Hueck in SJZ 1948 S. 755.

(2) Hueck "Das Recht der OHG" S. 110; RG in JW 35/696; OGH 1/33; Flechthelm bei Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9

die weitere Voraussetzung hinzu, dass die Inanspruchnahme des zur Mitwirkung aufgerufenen Gesellschafters nicht unbillig sein darf.

9. Wahrnehmung berechtigter Interessen.

Alle wirklich beachtlichen Gründe des widerstrebenden Gesellschafters beeinflussen entscheidend das Ergebnis der Prüfung, weil festzustellen ist, ob er sich mit Rücksicht auf den Vertragszweck und die Risikoverteilung nach den Umständen des einzelnen Falles auf eine Verpflichtungsklausel beim Vertragsabschluss eingelassen hätte, oder doch in der konkreten Bezogenheit auf die typischen Merkmale des Gesellschaftsvertrages hätte einlassen müssen.

Treffen ihn aus seiner Mitwirkungspflicht erkennbar schwere Nachteile, weil der Gesellschaftsvertrag etwa für den Fall der Abberufung des ungetreuen Gesellschafters das Ausscheiden des Widerstrebenden oder eine bedeutende Schlechterstellung vorsieht, so wird diese Feststellung schwerlich getroffen werden können.

Der Vertrag ist in seiner Gesamtheit gem. § 157, 242 BGB zur Beurteilung heranzuziehen und notfalls aus den erörterten Grundlagen auszulegen. Enthält er nun derartige Bestimmungen, so wird nicht anzunehmen sein, dass der betroffene Gesellschafter sich unter solchen Bedingungen darauf eingelassen hätte, eine Klausel anzuerkennen, die ihn zur Mitwirkung verpflichtet. Es ist auch dann wohl kaum die Feststellung möglich, dass er sich redlicherweise auf eine Verpflichtungserklärung hätte einlassen

müssen, sofern nicht ganz besondere Umstände erkennbar sind, die einen solchen Schluss rechtfertigen.

Aber auch dann darf der Widerstrebende den zur Klage entschlossenen Gesellschafter nicht schlechthin auf die Auflösung verweisen. Er verbleibt vielmehr zur Mitwirkung verpflichtet, wenn ihm eine zumutbare Ersatzlösung angeboten wird, die sein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft sichert oder ihn vor sonstigen Nachteilen bewahrt.

Das Abberufungsinstitut dient, wie bereits hervorgehoben wurde, dem Schutz der Gesellschaft. Es soll gerade verhindern, dass wegen einer vom Bereich der Geschäftsführung ausgehenden Störung der Zusammenarbeit die Gesellschaft aufgelöst wird.

Wenn bei dem Institut der Geschäftsgrundlage schon im Rahmen eines einfachen Schuldverhältnisses stets zu prüfen ist, ob der Vertrag nicht aufrecht erhalten werden kann, so gilt dies bei einem in der Regel auf längere Dauer bemessenen Gesellschaftsvertrag in besonderem Masse ⁽¹⁾. Das ergibt sich schon aus der für die Gesellschaft form- und funktionstypische Risikoverteilung. Die Treuepflicht normiert hier - ihrem positiven Inhalt nach - die Rechtspflicht einer zumutbaren Vertragsänderung zuzustimmen. Hat der Widerstrebende Gesellschafter aber das Risiko einer solchen Veränderung mit der ihm nun nachteiligen Bestimmung bewusst, etwa um besondere Vorteile

(1) BGH 18/350; RG in LZ 1932/1144, RG 146/169; insbesondere S. 180; Hueck § 11 III 3; BGH bei Lindenmaier-Möhring, § 105 HGB Nr. 8 § 161 HGB Nr. 13 und Hueck § 9 II.

zu erlangen, in Kauf genommen, so erscheint es nicht mehr als recht, ihn auch dann zur Mitwirkung zu zwingen, wenn dies nachteilige Folgen für ihn hat.

Stützt er seine Weigerung lediglich auf subjektive Befürchtungen oder schützt er verwandtschaftliche Beziehungen vor, so befreit ihn dies in der Regel gleichfalls nicht von seiner Mitwirkungspflicht, wenn die Verfehlung oder die Unfähigkeit des Abzuberufenen reststeht ⁽¹⁾. In diesem Falle hätte der widerstrebende Gesellschafter sich bei Vertragsschluss auf eine Verpflichtungserklärung einlassen müssen, wenn die Vertragsparteien ernsthaft in Betracht gezogen hätten, dass einer von ihnen trotz eines wichtigen Grundes die Mitwirkung wegen verwandtschaftlicher Beziehungen zu einem der Geschäftsführer verweigern würden.

Letztlich läuft dieser Vorwand nämlich darauf hinaus, dass Entziehungsrecht ganz auszuschliessen. Ob dies zulässig ist, wird unterschiedlich beurteilt. ⁽²⁾ Sicherlich darf der Ausschluss aber nicht Freibrief für ein frivoles oder gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten sein ⁽³⁾. Der sich hier ergebende praktische Ausschluss des Entziehungsrechts ist aber gerade deswegen bedenklich, weil er sich einseitig zu ungunsten des nicht durch verwandtschaftliche Beziehungen gebundenen Gesellschafters auswirkt ohne vertraglich festgelegt zu sein.

Naturgemäss haben die übrigen, nicht durch verwandtschaftliche Beziehungen verbundenen Gesellschafter

-
- (1) Hierzu Baumbach-Duden zu der Frage der Mitwirkungspflicht bei Klage aus § 140 Anm. 3, Weipert § 117 Anm. 11.
(2) Vgl. Hueck "Recht der OHG", S. 114 dagegen RG in JW 35/696; Weipert § 117 Anm. 9, Düringer-Machenburg (Flechtheim) § 117 Anm. 3; Staub § 117 Anm. 5, Ritter § 117 Anm. 4.
(3) Hueck aaO; Schlegelberger Geßler § 117 Anm. 14

insbesondere in einem solchen Falle Anspruch darauf zu erfahren, ob die Weigerung auf sachlich-wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen oder etwa lediglich auf den unwägbaren Einflüssen verwandtschaftlicher Beziehungen beruht, welche sachlich häufig weder greifbar noch angreifbar sind.

Anders kann dies allerdings bei einem Familienunternehmen oder bei einem Unternehmen sein, das sich im wesentlichen auf familiärer Grundlage aufbaut. Hierbei ist besonders an solche zu denken, die erst durch Erbgang entstanden sind und sich im Laufe der Zeit nach Stämmen aufgeteilt haben.

Es ist bereits hervorgehoben worden, dass beachtliche Schwierigkeiten dann auftreten können, wenn die Geschäftsführung besondere Kenntnisse erfordert und auf diese Tatsache daher schon frühzeitig Bedacht genommen werden muss.

Ist etwa bestimmt, dass jeder der Stämme jeweils einen Geschäftsführer stellt und wird dessen Abberufung notwendig, so wird man auch die Mitwirkung der Gesellschafter des betroffenen Stammes dann verlangen müssen, wenn nicht die unmittelbare Möglichkeit besteht, den Geschäftsführer alsbald durch einen geeigneten Gesellschafter zu ersetzen.

Jede Gruppe der Gesellschafter hat das Risiko, dass sie in ihrem Vertrauen enttäuscht wird, selbst zu tragen. Die Auswahl der Geschäftsführer fällt in diesem Falle ganz ausschliesslich in den Einflussbereich der Betroffenen. Es muss dann allerdings gestattet werden, dass der ausgefallene Stamm seine Rechte vorübergehend durch einen mit

Vollmacht ausgestatteten Geschäftsführer ausüben lässt.

Beachtlich ist daher nur das oftmals auf verwandtschaftliche Bindung beruhende besondere Vertrauensverhältnis zum Geschäftsführer. Dieses entzieht sich auch nicht völlig der objektiven Beurteilung. Blinde, unvernünftige Vertrauensseligkeit hat keinen Anspruch auf Berücksichtigung.

Haben sich jedoch die Gesellschafter, welche die Abberufung erstreben, bewusst dem Risiko ausgesetzt, einer " Familienfront " gegenüberzustehen, so ist der Mitwirkungsanspruch zu versagen. An den Nachweis dieses Umstandes werden jedoch hohe Anforderungen gestellt werden müssen.

III. Besonderheiten bei der Kommanditgesellschaft, stillen Gesellschaft oder deren Mischformen.

Da wegen der gestaltenden Wirkung des Urteils alle übrigen Mitgesellschafter bei der Klage mitwirken müssen, ist ihre Erhebung bei der Kommanditgesellschaft ohne die Beteiligung der Kommanditisten unzulässig. Fraglich ist nun, ob die Kommanditisten im gleichen Masse der Treupflicht gegenüber den übrigen Gesellschaftern und der Gesellschaft unterliegen, wie dies bei vollhaftenden Mitgliedern der Personalgesellschaft der Fall ist.

In der gesetzlichen Ausgestaltung dieses Gesellschaftstyps ist der Pflichtenkreis der Kommanditisten im allgemeinen kleiner gehalten. Dementsprechend kommen ihnen auch weniger Rechte zu. Grundsätzlich sind aber auch die Kommanditisten wie der vollhaftende

Gesellschafter der Treupflicht unterworfen (1). Allerdings wird man je nach der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages verschiedene Maßstäbe für die Treubindung finden.

In einer mehr kapitalistisch ausgestalteten Kommanditgesellschaft, in welcher mitunter einem oder mehreren Kommanditisten entgegen der gesetzlichen Regelung die Geschäftsführungsbe-
fugnis eingeräumt und die Vertretungsmacht entgegen § 170 HGB praktisch durch Erteilung der Prokura übertragen worden ist, werden höhere Anforderungen an die Treupflicht des Kommanditisten gestellt werden müssen, selbst wenn eine solche Gesellschaft in ihrer Organisation den Körperschaften- und Kapitalgesellschaften sehr nahe gerückt ist. Denn in dem gleichen Masse, mit dem er als tätiger Mitarbeiter in das Unternehmen hineinwächst, muss der Kommanditist sich zunehmend der den Personalgesellschaften als Arbeitsgemeinschaften eigenen Treupflicht der Gesellschafter unterordnen.

Auch für die Kommanditisten gilt die subsidiäre Bestimmung des § 705 BGB, die das ganze Gesellschaftsverhältnis beherrscht. Alle Einzelheiten sind lediglich Spezialisierungen dieses allgemeinen Prinzips. Eingeschlossen in die danach feststehende Pflicht, die Interessen der Gesellschaft nach besten Kräften zu fördern, liegt die Notwendigkeit, der Abberufung

(1) Weipert in RGR-Kommentar § 164 Anm. 14; Hueck "Der Treuegedanke im modernen Privatrecht" aaO. S. 28; Brüggemann Diss. Münster 1952 S. 59.

eines zum Schaden der Gesellschaft tätigen Geschäftsführers rechtzeitig zuzustimmen.

Grundlagen der gesteigerten Treupflichten des Kommanditisten sind nicht die vermögensrechtlichen Beziehungen. Sie beruhen vielmehr auf seiner Teilnahme an der Leitung des Unternehmens. Der Umfang seiner Tätigkeit und nicht der Umfang seiner Haftung bestimmt den Rahmen seiner Treupflicht ⁽¹⁾. Dies ergibt sich daraus, dass sie eine besondere Folge der Rechtsbeziehungen in einer Personengemeinschaft ist, während sich die Mitglieder der schlichten Vermögensgemeinschaft nicht in demselben Masse Treue schulden.

Soweit Pflichtrechte in Betracht kommen, muss auch der Kommanditist bei ihrer Ausübung auf die Belange der Gemeinschaft Rücksicht nehmen, selbst wenn er in den personenrechtlichen Verband nicht enger einbezogen ist als das Gesetz dies vorsieht. Auch für ihn ergibt sich in diesem Falle eine Pflicht zum Handeln, wenn die Interessen des Unternehmens es erfordern.

Das Abberufungsrecht ist - wie bereits oben ausgeführt - Pflichtrecht. Die Mitwirkung des Kommanditisten und der nichtgeschäftsführenden Gesellschafter ist nach dem Gesetz erforderlich.

Der engeren Einbeziehung in die Tätigkeit für die Gesellschaft in diesem Falle entspricht eine Er-

(1) Bruggemann, S. 59, 64 und 76.

Weiterung der Treupflicht. Geniessen die Kommanditisten bei der Abberufungsklage gleiches Recht wie die vollhaftenden Gesellschafter, so können auch ihre Pflichten bei der Entscheidung über die Mitwirkung nicht anders bewertet werden als bei diesen.

Keinen Einfluss auf den Pflichtenkreis des Kommanditisten hat es, wenn die Abberufungsklage statt gegen den geschäftsführenden persönlich haftenden Gesellschafter, gegen einen anderen Kommanditisten gerichtet werden soll, dem abweichend von § 164 HGB das Recht zur Geschäftsführungsbefugnis übertragen worden ist ⁽¹⁾.

Eine Besonderheit ergibt sich aber noch aus dem Umstand, dass die Wahrnehmung berechtigter Interessen berücksichtigt werden muss.

Vertragliche Bindungen an den abzubrufenden Gesellschafter, die sich im Falle der Abberufung nachteilig für den Widerstrebenden auswirken, können bei Kommanditisten besonders häufig vorliegen.

Es ist schon wiederholt auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die dadurch entstehen können, dass der Kommanditist durch eine vertragliche Vereinbarung das Schicksal des vollhaftenden Gesellschafters teilt oder gar noch härter betroffen ist.

So kann für den Fall der Abberufung des Geschäftsführers vorgesehen sein, dass dieser als vollhaftender

(1) Es ist überdies streitig, ob hier eine Klage nach § 117 HGB erforderlich ist. Vgl. RG 110/418 und OGH I/33. Eine Klage aus § 127 kommt ohnehin nicht in Betracht, weil die Einräumung der Vertretungsmacht durch Gesellschaftsvertrag entgegen der zwingenden Vorschrift des § 170 HGB nicht möglich ist.

Gesellschafter ausscheidet und fortan als Kommanditist in der Gesellschaft verbleibt, während der an ihm gebundene Kommanditist - etwa zur Erhaltung eines Stimmenausgleichs - ausscheidet ⁽¹⁾.

Hier wird man dem betroffenen Kommanditisten in der Regel gestatten müssen, seine Mitwirkung zu verweigern, bis ihm durch eine Vertragsänderung sein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft garantiert wird. Allerdings kommt es dabei auch wiederum entscheidend auf die Risikoverteilung an. Diese kann im einzelnen Falle zu anderen Ergebnissen führen.

Bei der stillen Gesellschaft sind die typische und atypische stille Gesellschaft zu unterscheiden. Bei der letzteren kann durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass im Innenverhältnis die gesetzlichen Bestimmungen der offenen Handelsgesellschaft anzuwenden sind ⁽²⁾.

Es kann auch bestimmt werden, dass im Innenverhältnis der stille Gesellschafter so zu behandeln ist, als ob er Kommanditist sei. Auch kann ihm dann gem. § 164 HGB ein Zustimmungsrecht bei ungewöhnlichen Geschäften zugesprochen werden ⁽³⁾. Die Ausübung dieses beschränkten Geschäftsführungsrechtes unterliegt dann gleichfalls dem Treugedanken. In dem Masse wie

(1) Das ist nur ein besonderes krasses Beispiel aus der Vielfalt der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten.

(2) Schlegelberger-Geßler § 335 Anm. 49.

(3) Nach heute herrschender Meinung hat der Kommanditist bei ungewöhnlichen Geschäften nicht ein bloßes Widerspruchs- sondern ein Zustimmungsrecht. Vgl. RG 158/302; Weipert in RGR-Kommentar § 164 Anm. 5; Geßler-Schlegelberger § 164 Anm. 3; Hueck, Gesellschaftsrecht § 19 V; Baumbach-Duden § 164 I B.

die personenrechtlichen Bindungen des stillen Gesellschafters steigen, wachsen seine Treupflichten in gleicher Form, wie dies für die Kommanditgesellschaft bereits ausgeführt wurde. Denn der Kern des Treuegedankens ist die Förderung der gemeinsamen Interessen.

Trotz dieser abweichenden Bestimmungen bei der atypischen Gesellschaft im Innenverhältnis ist der stille Gesellschafter selbst dann, wenn er sich an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, weder berechtigt, die Abberufungsklagen der §§ 117, 127 HGB zu erheben, noch ist seine Mitwirkung an diesen Klagen erforderlich. Ihm verbleibt allein das Recht, die Gesellschaft zu kündigen ⁽¹⁾. Werden seine Rechte entgegen den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages übergangen, so löst dies lediglich schuldrechtliche Ersatzverpflichtungen zwischen den Gesellschaftern aus.

Für den Mitwirkungsanspruch ergeben sich daher, soweit die stille Gesellschaft oder deren Mischform in Betracht kommen, keine Besonderheiten.

C. Die Mitwirkungsklage.

Der Mitwirkungsanspruch gegen den sich weigernden Gesellschafter soll der Verwirklichung des Abberufungsrechts dienen. Da dieses Recht nur im Wege der Klage durchgesetzt werden kann, hängt der Inhalt der Mitwirkungsverpflichtung davon ab, in welchem Umfange und in welcher Form der widerstrebende Gesellschafter bei der Klageerhebung und der weiteren

(1) Geßler- bei Schlegelberger § 335 Anm. 40.

Prozessführung tätig werden muss, wenn den gesetzlichen Bestimmungen Genüge getan werden soll.

I. Der Inhalt der Mitwirkungspflicht.

Die Klage ist das Gesuch um Gewährung von Rechtsschutz durch staatlichen Hoheitsakt. Sie eröffnet den Prozess und macht den geltend gemachten Anspruch rechtshängig. Mit dem Antrag und den erforderlichen Tatsachenangaben bestimmt sie der Gegenstand des Rechtsstreits und den Grund des erhobenen Anspruchs. Insoweit wendet sie sich auch an den Prozessgegner. Das Begehren staatlichen Rechtsschutzes ist eine blosser Willensäußerung. Die Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sind Wissenserklärungen ⁽¹⁾. Auch für Gestaltungsklagen ergeben sich hier keine Besonderheiten. Der Antrag muss die genaue Bezeichnung der begehrten Rechtsfolge enthalten. Bei der Abberufungsklage muss er folglich darauf gerichtet sein, dem Geschäftsführer oder dem vertretungsberechtigten Gesellschafters die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht durch den Urteilsspruch zu entziehen. Zur näheren Eingrenzung und Bestimmung müssen die Klagegründe die Tatsachen im einzelnen auführen, aus welchen sich nach der Auffassung der Kläger der wichtige Grund zur Abberufung ergibt.

Da die Klage nur von allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich erhoben werden kann, ergibt sich daraus, dass der zur Mitwirkung Verpflichtete die

(1) Rosenberg Lehrbuch des Zivilprozessrechts § 83, II 5., RG 164/242. RG 164 will die Klage nur für die Anwendung des § 183 BGB als Rechtsgeschäft ansehen.

erforderlichen Willenäusserungen und Willenserklärungen abgeben muss.

Die Mitwirkungsklage ist daher in jedem Falle als Leistungsklage aufzufassen. Sie muss wenigstens den Antrag enthalten, den Beklagten zu verurteilen, die zur Klageerhebung erforderlichen Erklärungen abzugeben.

Die blosser Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, sich an der Klageerhebung zu beteiligen, reicht dazu nicht aus. Deshalb kann die Klage auf Mitwirkung nicht als Feststellungsklage aufgefasst werden.

Freilich tun sich damit eine Reihe von neuen Schwierigkeiten auf. Eine Leistungsklage muss als Antrag in festumrissener Form wiedergeben, welches Verhalten vom Beklagten verlangt wird. Wenn nun der Widerstrebende durch eine entsprechende Klage zur Mitwirkung bei der Klageerhebung gezwungen wird, so schliesst dies doch nicht aus, dass er im Laufe des weiteren Verfahrens gegen den Abzuberufenen kraft seiner Prozeßstellung als Streitgenosse der übrigen Gesellschafter ein, Prozessverhalten an den Tag legen könnte, das letztlich zur Abweisung der Abberufungsklage und damit gegen den Willen der übrigen Gesellschafter zu dem von ihm erstrebten Ziel führen kann.

Es erscheint daher wünschenswert, den widerstrebenden Gesellschafter von der Prozessführung möglichst auszuschliessen. Dies könnte zweckmässig dadurch geschehen, dass er nicht nur der Klageerhebung durch die übrigen Gesellschafter

sondern auch deren Prozeßführung bereits zu Beginn des Verfahrens zustimmt. Inhalt des Mitwirkungsbegehrens wäre danach lediglich, die auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtete Leistungsklage. Dies lässt sich aus der Rechtsnatur der Abberufungsklage herleiten.

1) Rechtsnatur der Abberufungsklage.

Mehrere Kläger sind bei der Abberufungsklage notwendige Streitgenossen ⁽¹⁾. Es herrscht jedoch Streit darüber, ob Gestaltungsklagen grundsätzlich zur Streitgenossenschaft im "engeren" Sinne führen. Diese liegt dann vor, wenn die Klage des einzelnen Mitberechtigten als unbegründet abzuweisen wäre, weil die Rechtsausübung notwendig einheitlich geschehen muss ⁽²⁾. Auf diese Unterscheidung kommt es hier indessen nicht an. - Die Rechte der notwendigen Streitgenossen im Rahmen des mehrfach überlagerten Prozeßrechtsverhältnisses lassen sich für die "engere" notwendige Streitgenossenschaft gleichfalls nur aus § 62 ZPO herleiten.

Sofern sich Unterschiede daraus ergeben, dass in dem einen Falle eine gemeinschaftliche Klage notwendig ist, in dem anderen Falle nicht, haben diese mit dem Wesen der Streitgenossenschaft

(1) Weipert § 117, Anm. 21, Baumbach-Duden § 117 Anm. 14 ; Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 117 Anm. 6; Hueck "Recht der OHG". S. 109.

(2) Stein-Jonas-Schönke § 62 Anm. III; Wieczorek § 62 Anm. A II b 3; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts § 26 V 1 b; Weipert § 117 Anm. 21 anders allerdings Weipert § 127 Anm. 5, dagegen Rosenberg § 95 II 2.

nichts zu tun ⁽¹⁾. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen.

Durch die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung erfährt dieser Grundsatz allerdings eine wesentliche Umgestaltung. Prozeßereignisse, die nur in der Person eines Streitgenossen eingetreten sind, können durch das Urteil, das ja nicht nur diesem Streitgenossen gegenüber ergehen darf, auch im Verhältnis zu den anderen Wirkungen äussern.

Bei der Frage, ob der einzelne Streitgenosse die einmal gemeinschaftlich erhobene Klage später zurücknehmen darf, gehen die Meinungen auseinander. Manche halten dies nicht für möglich, weil dadurch die Klage der übrigen unzulässig werden würde ⁽²⁾.

Diese Auffassung ist vom Ergebnis her begründet. Solange die Kläger nicht aus materiellen Rechtsgründen verpflichtet sind, auch weiterhin mitzuwirken, kann ihnen der freie Entschluss, die Klage zurückzunehmen, nicht versagt werden. Aber auch, wenn nach dem materiellen Recht die Verpflichtung zur weiteren Mitwirkung besteht, kann der einzelne

(1) Rosenberg § 95 III 1, Wieczorek § 62 Anm. B I a.

(2) Hellwig; Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. 3 S. 160.

Sehr zurückhaltend hierzu Rosenberg § 95 III 1a. Scheidet der Gesellschafter nach der Klageerhebung aus, so ist die Rücknahme der Klage zulässig. Vgl. Hundertmark in DJZ 1930/968.

Streitgenosse, so lange keine rechtskräftige Verurteilung entgegensteht, schwerlich gehindert werden, dieser Verpflichtung zuwider zu handeln.

Eine andere Frage ist, ob er sich wegen eines solchen Verhaltens ersatzpflichtig macht. Im Rahmen des Prozessverhältnisses kommt es jedoch nicht auf das rechtliche Dürfen sondern allein auf das tatsächliche Verhalten ⁽¹⁾ an. Nur mit Rücksicht auf eventuelle Schadensersatzansprüche ist es daher auch von Belang, ob dem Streitgenossen wichtige Gründe für die Klagerücknahme zur Seite stehen ⁽²⁾.

Die Wirksamkeit der Klagerücknahme hängt im Prozeßrechtsverhältnis lediglich von den Voraussetzungen des § 271 ZPO ab ⁽³⁾.

Daraus ergibt sich, dass der zur Mitwirkung verpflichtete Gesellschafter die Klage später einseitig zurücknehmen und damit das Abberufungsrecht entgegen seiner Verpflichtung vereiteln kann.

Er kann die Prozessführung der übrigen fortgesetzt erschweren. Für sich selbst kann er Geständnisse ablegen oder auf den Klageanspruch verzichten. Ein Anerkenntnis oder Verzichturteil kann zwar dann nicht ergehen, wenn einer der übrigen Gesellschafter das Geständnis oder den Verzicht widerruft. Bei

(1) das prozeßrechtliche " Können " entscheidet allein und hierfür ist lediglich § 62 ZPO maßgebend.

(2) Anderer Ansicht scheint Weipert in RGR-Kommentar zum HGB § 117 Anm. 22.

(3) wie hier: Hueck " Recht der OHG " S. 109.

der freien Beweiswürdigung durch das Gericht kann dies Verhalten aber unter Umständen eine entscheidende Rolle spielen, vor allem, wenn in Zweifelsfällen der widerstrebende Gesellschafter seinen Standpunkt aus einer andersartigen Tatsachenschau heraus vertritt und mit Recht auch vertreten darf. So könnte es im Laufe eines einzelnen Abberufungsverfahrens mehrfach nötig sein, gegen den widerstrebenden Gesellschafter erneut mit einer Klage vorzugehen. Es liegt daher im Interesse der übrigen Gesellschafter den Widerstrebenden von der Prozeßführung auszuschalten oder aber auf der Seite des Beklagten zu wissen. Das letztere wäre nur dann möglich, wenn die Abberufungsklage und die Mitwirkungsklage miteinander verbunden werden könnten. Ob dies zulässig ist, hängt wiederum vom Inhalt der Mitwirkungspflicht ab.

Diesen Inhalt zu bestimmen ist nicht zuletzt deswegen so schwierig, weil dem widerstrebenden Gesellschafter zugleich auch ein Mitwirkungsrecht zusteht, das ihm ohne seinen Willen nicht genommen werden darf.

In seiner Weigerung, sich an der Klage der übrigen zu beteiligen, liegt aber andererseits die bindende Erklärung, von seinem Mitwirkungsrecht keinen Gebrauch machen zu wollen. Auch muss bei der Bestimmung des Inhalts der Mitwirkungspflicht lediglich von dem unumgänglich Notwendigen ausgegangen werden. Der Widerstrebende kann nicht zu mehr verurteilt werden, als erforderlich ist, um das Abberufungsverfahren in Gang zu setzen und abzuwickeln.

Sofern daher seine Beteiligung am Prozes entbenrlich ist, darf sie mit der Mitwirkungsklage nicht verlangt werden.

In diesem Zusammenhang ist vor allem bedeutsam, dass auch der widerstrebende Gesellschafter nicht gezwungen werden kann, das Risiko einer unter Umständen mit erheblichen Kosten verbundenen Klage gegen seinen Willen auf sich zu nehmen (1).

Damit lässt sich die Mitwirkungspflicht positiv und negativ eingrenzen.

Sie muss den übrigen Gesellschaftern die sachgemässe Durchführung des Abberufungsprozesses ermöglichen, ohne dass der zur Mitwirkung Verpflichtete gegen seinen Willen gezwungen wird, an diesem Verfahren tatsächlich mitzuwirken.

2) Zustimmung zur Abberufung.

Fraglich ist, ob der Verpflichtete hinreichend mitwirkt, wenn er sein Einverständnis mit der herbeizuführenden Rechtsfolge bindend erklärt.

Bei der Ausschlussklage und der Auflösungsklage (§§ 133, 140 HGB) hat die Rechtsprechung schon frühzeitig den Standpunkt vertreten, dass die Beteiligung aller am Prozeß nicht notwendig ist, wenn die am Verfahren nicht beteiligten Gesellschafter sich mit dem durch die Rechtsgestaltungsklage verfolgten Ziel einverstanden erklärt und

(1) Hueck; Recht der OHG, S. 108.

dies verpflichtend zum Ausdruck gebracht haben: (1).

Diese Auffassung ist auch von der neueren Rechtsprechung aufgegriffen und aufrecht erhalten worden (2). Nach dieser Meinung ist aus prozeß-ökonomischen Gründen die Beteiligung aller in diesem Falle entbehrlich, da auf dem vorbezeichneten Wege die einheitliche Entscheidung über die erhobene Gestaltungsklage ebenfalls sichergestellt ist.

Die Lehre hat sich diesem Standpunkt weitgehend angeschlossen. (3).

Hervorzuheben ist allerdings, dass diese Entscheidungen nur dann ergangen sind, wenn ein Streitgenosse der beklagten Partei die verbindliche Erklärung abgegeben hatte. Der Grund hierzu soll darin liegen, dass, gleichgültig, ob man die Feststellung eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Rechtsänderung bei der Gestaltungsklage anerkennt oder nicht (4), die beklagte Partei das zu begehrende Recht durch ihr Einverständnis gegenstandslos machen kann, soweit sie selbst betroffen ist (5).

(1) RG 146/169.

(2) BGH in BB 1958/213.

(3) Vgl. Hueck S. 326 u.S. 274; Recht der OHG; Baumbach-Duden § 140 Anm. 3; Schlegelberger-Gesler § 133 Anm. 19; Koenige § 133 Anm. 3; Staub § 133 Anm. 5; Wielandt S. 675; anderer Ansicht noch Ritter § 133 Anm. 2a und Flechtheim bei Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 10.

(4) Hierüber herrscht Streit, vgl. Rosenberg § 87 I 2; Stein-Jonas-Schönke Anm. II 3 vor § 253.

(5) Hueck; Recht der OHG S. 110. Allerdings ist dies keine Folge des Wegfalls des Rechtsschutzbedürfnisses wie Hueck meint, da ein Rechtsschutzbedürfnis für Gestaltungsklagen nicht erforderlich ist. Es fällt infolge der jeweils ausdrücklichen Regelung im materiellen Recht mit den materiellen Voraussetzungen der Klage zusammen. Vgl. Rosenberg § 87 III; Stein-Jonas-Schönke § 325 Anm.

Für verurteilende Erkenntnisse ist die einheitliche Entscheidung damit verbürgt.

Anders verhält es sich jedoch mit den abweisenden Urteilen. Diese entwickeln Rechtskraftwirkung. Sie bindet wie bei anderen Urteilen jedoch nur die Prozeßparteien ⁽¹⁾. Hier fruchtet die Zustimmung zur Abberufung nichts.

Die bisherigen Versuche, diese Rechtsprechung systematisch zu begründen, sind nicht befriedigend. Die Rechtsprechung verteidigt ihren Standpunkt selbst mit dem Hinweis, dass das Verfahren prozeßökonomisch sein müsse. Das allein besagt aber über die Rechtfertigung nichts.

Auch die wiedergegebenen Begründungsversuche der Lehre sind nicht zufriedenstellend. Sie verkennen, dass das Recht auf Rechtsänderung, da es von allen gemeinsam ausgeübt und gegen alle gemeinsam geltend gemacht werden kann, durch die Erklärung des Einzelnen nicht gegenstandslos wird.

Die Auffassung von Breit ⁽²⁾ ist gleichfalls nicht zu billigen. Er sieht die materielle Rechtskraftwirkung der Klagen §§ 133, 140 HGB in der Willensübereinstimmung der Parteien, die damit eine vertragliche Änderung oder die Auflösung des Gesellschaftsvertrages herbeiführt. Die Klage auf Auflösung und Ausschliessung begreift er entgegen dem ursprüngli-

(1) Stein-Jonas, § 325 VI Anm. 4; Rosenberg § 146 II 2

(2) JR 1926, Sp. 769, 772.

chen Wortlaut des Gesetzes als Klagen auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung. Wer daher, meint er, sein Einverständnis schon erklärt habe, könne nicht mehr darauf in Anspruch genommen werden.

Diese Auffassung verkennt nicht nur den Begriff der Gestaltungsklage sondern leugnet gänzlich den selbständigen Begriff des Gestaltungsrechts, das keine Mitwirkung des Betroffenen erfordert.

3) Ermächtigung zur Prozeßführung.

Für das Prozeßrechtsverhältnis ist weniger die Zustimmung zu der erwarteten Rechtsfolge wesentlich als die Zustimmung zur Prozeßführung.

So wie das sachliche Recht der Abberufung steht das Recht der Prozeßführung in dieser Sache den übrigen Gesellschaftern nur gemeinsam zu.

Die Prozeßführungsbefugnis ist Prozeßvoraussetzung im engeren Sinne ⁽¹⁾. Eine Entscheidung zur Sache ist nicht möglich, wenn nicht alle Gesellschafter am Verfahren teilnehmen, denn ein Teil der berechtigten Gesellschafter wäre nicht die richtige Partei, der gegenüber zur Hauptsache geurteilt werden dürfte. Die Klage wäre daher als unzulässig abzuweisen ⁽²⁾.

Die abweichende Meinung, die Klage müsse als unbegründet abgewiesen werden, ist irrig ⁽³⁾.

Es ist zwar richtig, dass ein Sachantrag aller übrigen Gesellschafter auch sachliche Voraussetzung

(1) Rosenberg § 45 III 1.

(2) Hueck " Das Recht der OHG ", S.107; Rosenberg § 45 III 5.

(3) Vgl. Weipert § 117 Anm. 21, der aber andererseits eine " Entscheidung zur Sache " für " unmöglich " hält, sofern nicht alle übrigen klagen, § 127 Anm. 5.

eines obsiegenden Urteils ist ⁽¹⁾. Da aber prozeßrechtlich zunächst geklärt werden muss, ob der Rechtsstreit durch die richtige Partei geführt wird, kommt es gar nicht erst zur Prüfung der sachlichen Voraussetzung, wenn dies verneint werden muss. Sie ist dem Gericht schlechthin verwehrt, wenn ein prozessualer Mangel vorliegt.

Nur dann ist es den Gesellschaftern bei einer späteren Mitwirkung des Widerstrebenden aber auch möglich, auf etwa noch fortdauernde Abberufungsgründe aus dem voraufgegangenen Verfahren zurückzugreifen. Bei einer Entscheidung zur Sache selbst wäre dies für die Gesellschafter, welche bereits an dem ersten Verfahren teilgenommen haben, nicht möglich.

Sofern sie auf eine Sachlage verweisen würden, wie sie schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Vorverfahrens bestanden hat, würde die Rechtskraftwirkung des klageabweisenden Urteils einer andersartigen Entscheidung ihnen gegenüber entgegenstehen ⁽²⁾.

Die Zustimmung zu der herbeizuführenden Rechtsfolge ist daher nutzlos, wenn in ihr nicht zugleich die Ermächtigung des Widerstrebenden für die übrigen Gesellschafter liegt, die ihm zustehenden Rechte im Verfahren im eigenen Namen geltend machen zu

(1) Missverständlich sind dagegen die Ausführungen Weiperts § 117 Anm. 11, dass ein Willensentschluss der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter erforderlich ist, weil dadurch der Eindruck entsteht, als müsse der Klage eine gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter vorausgehen.

(2) Zu diesem Ergebnis kommt auch Weipert § 117 Anm. 21. Es lässt sich nur mit seinem oben wiedergegebenen Standpunkt nicht vereinbaren.

dürfen.

Eröffnet diese Ermächtigung den zur Klage entschlossenen Gesellschaftern aber die Möglichkeit, sodann ohne fernere Mitwirkung des Widerstrebenden den Prozess zu führen, so darf mit der Mitwirkungsklage allein diese Ermächtigung verlangt werden. Zu mehr ist der Widerstrebende nicht verpflichtet.

In der Regel steht die Prozessführungsbefugnis den Trägern des streitigen Rechts und nur ausnahmsweise Dritten zu. Wird das eingeklagte Recht von den Klägern als fremdes geltend gemacht, so bedarf es eines besonderen Grundes, der die Prozessführungsbefugnis der Partei rechtfertigt. Ein Recht, dass wie bei den Gestaltungsklagen in §§ 117, 127 HGB nur mehreren gemeinsam zusteht, kann als eigenes auch nur von allen Beteiligten gemeinsam geltend gemacht werden. Klagt nur ein Einzelner oder selbst eine Mehrheit von Gesellschaftern, so muss ihm oder dieser Gruppe die Prozessführungsbefugnis besonders verliehen sein (1).

Dies gilt für solche Fälle der Prozeßstandschaft, die nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sind. Die gewillkürte Prozeßstandschaft ist heute in Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Sie ergibt sich aus einer analogen Anwendung von § 185 BGB (2). Die von der Rechtsprechung teilweise abweichend von Lehrmeinung

(1) Gesetzliche Fälle sind § 1443 Abs. 1, § 2039 BGB auch bei Klage des nicht rechtsfähigen Vereins kann nur ausnahmsweise ein Teil der Vereinsmitglieder klagen. Rosenberg § 42 II 2 a, § 45 II.

(2) Rosenberg "Gewillkürte Prozeßstandschaft" in JZ 1952, 137 ff; BGH 4/164; Heinrich Lehmann BGB Allgem. Teil § 37 VI 4, S. 254, der den Begriff der Ermächtigung überhaupt ablehnt.

weitergehende Einengung ist in dem hier allein in Betracht kommenden Zusammenhang ohne Belang. Das von ihr zusätzlich erhobene Erfordernis, besonderen eigenen Interesses des Dritten ist bei der Abberufungsklage unzweideutig ersichtlich ⁽¹⁾.

Dies ergibt sich schon - wie bereits vorstehend ausgeführt - aus der gemeinsamen Parteistellung als notwendige Streitgenossen, die es wünschenswert erscheinen lässt, den Widerstrebenden von der Prozeßführung gänzlich auszuschliessen. Das eigene Interesse an der Abberufung beweist zugleich, das eigene Interesse, von der Ermächtigung des Widerstrebenden Gebrauch zu machen.

Es bestehen auch keine Bedenken, die gewillkürte Prozeßstandschaft bei Gestaltungsklagen zuzulassen ⁽²⁾. Probleme der Rechtskraftwirkung tauchen hier nicht auf, weil die Gestaltungswirkung ohnehin für jeden Dritten eintritt.

Soweit klageabweisende Urteile in Betracht kommen, bewirkt die Zustimmung zur Prozeßführung eine Erstreckung der Rechtskraft auf den widerstrebenden Gesellschafter ⁽³⁾. In diesem Falle ist in der Zustimmung zugleich eine Unterwerfung unter die Rechtskraftwirkung zu sehen ⁽⁴⁾. Einer späteren Klage des Ermächtigenden steht die Einrede der Rechtskraft entgegen.

(1) Vgl. für dieses Erfordernis besonders OGH 1/334; BGH in Lindenmaier-Möhring Nr. 1 zu § 185 BGB und RG 160/21.

(2) Vgl. Rosenberg § 45 II 2 c, LG. Göttingen in NJW 47,48/659; LG. Frankfurt in NJW 1952/827; LG. Aachen in MDR 152/447.

(3) Rosenberg § 45 III 4; RG in HRR 1929/1068.

(4) Stein-Jonas § 325 VI Anm. 2.

Auf das Problem, ob und bis zu welchem Zeitpunkt der Ermächtigende seine Ermächtigungserklärung widerrufen darf, erübrigt es sich, näher einzugehen. Sofern eine Ermächtigungserklärung durch Urteilspruch gemäss § 894 ZPO ersetzt wird, sind nachträgliche, anderslautende Erklärungen des Verpflichtenden ohne Belang (1).

Sieht man in der Ermächtigung zur Prozeßführung den Inhalt der Mitwirkungspflicht, so bietet dies den Vorteil, den Widerstrebenden allseitig in die Rechtskraftwirkung des Urteils einzubeziehen, ohne ihn mit dem Kostenrisiko des Abberufungsprozesses zu belasten. Auch enthebt es ihn der Notwendigkeit, unter Umständen gegen einen nahen Verwandten als Gegner im Verfahren auftreten zu müssen.

Dem Abzuberufenden bleibt dagegen die Möglichkeit erhalten, sich auch mit dem Hinweis auf Verfehlungen des Ermächtigenden zu verteidigen. Ein solches Vorbringen müssen die übrigen Gesellschafter nämlich gegen sich gelten lassen, weil sie nicht nur aus eigenem Recht, sondern zugleich aus dem Recht des prozessual nicht am Verfahren beteiligten Gesellschafters klagen.

Die in §§ 117, 127 HGB geforderte richterliche Nachprüfung der Abberufungsgründe bleibt daher in vollem Umfange gewährleistet.

Es mag auf den ersten Blick befremden, dass der widerstrebende Gesellschafter von der Prozessführung im Abberufungsverfahren künftig ganz ausgeschlossen ist. Bei näherer Betrachtung erweisen sich diese Bedenken aber als unbegründet. Wie bereits ausgeführt wurde, ist in dem Verfahren der Mitwirkungsklage schon zu prüfen, ob ein wichtiger

(1) Im übrigen wird dies für den Fall der freiwilligen Erfüllung des Klagebegehrens von Bedeutung. Man wird aber davon ausgehen müssen, dass die Ermächtigung zwar bis zur Klageerhebung widerrufen, später aber die Prozeßführung nicht mehr verhindert werden kann.
Vgl. Rosenberg § 45 II 2c.

Grund zur Abberufung des Geschäftsführers oder des Vertretungsberechtigten vorliegt. Hierbei kann der widerstrebende Gesellschafter als Beklagter seine Verteidigungsmittel frei vorbringen und prüfen lassen. Dringt er mit seiner Auffassung durch, so wird er nicht zur Ermächtigung verurteilt und es kommt gar nicht erst zum Abberufungsverfahren. Erweisen sich seine Einwendungen jedoch als unbegründet, und wird er zur Abgabe der Ermächtigungserklärung verurteilt, so geht es über das berechtigte Verlangen nach rechtmäßigem Gehör hinaus, wollte man ihm gestatten, alle diese Einwendungen in einem erneuten Verfahren zu wiederholen.

Die Interessen der Beteiligten sind daher hinreichend gewahrt.

Um seiner Mitwirkungspflicht zu genügen, ist eine Ermächtigungserklärung des widerstrebenden Gesellschafters zur Prozeßführung ausreichend und erforderlich. Die Klage auf Mitwirkung ist daher eine Leistungsklage, die sich auf Abgabe dieser Willenserklärung richtet. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt gem. § 894 ZPO diese Erklärung als abgegeben.

II. Verbindung der Klagen auf Abberufung und Mitwirkung.

Eine weitere Frage ist, ob die Mitwirkungsklage mit der Abberufungsklage verbunden werden darf. Hierbei kommt es ganz wesentlich darauf an, welchen Inhalt man der Mitwirkungspflicht beimisst. Dies ist bislang in Rechtsprechung und Literatur nicht

hinreichend beachtet worden. So nimmt Duden (1) an, dass die Klage auf Entziehung mit der Klage auf Zustimmung zur Entziehung verbunden werden kann. Aus der Formulierung ergibt sich aber schon, dass er die Mitwirkungspflicht nur dann für erfüllt hält, wenn der widerstrebende Gesellschafter der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht zustimmt.

Geßler (2) vertritt die Auffassung, dass mit der Klage auf Entziehung zugleich die Klage auf Mitwirkung gegen den sich trotz Mehrheitsbeschluss weigernden Gesellschafter erhoben werden darf. Er beruft sich hierzu auf die Meinung von Wieland (3). Hinsichtlich des Inhalts der Mitwirkungspflicht legt er sich nicht näher fest.

Weipert (4) scheint der Auffassung, dass eine Verbindung dieser Klagen nicht möglich ist. Er sieht den Inhalt der Mitwirkungspflicht in der Erteilung der Prozeßvollmacht. Folgerichtig hält er ein wenigstens vorläufig vollstreckbares Urteil hierüber für erforderlich, um die Entziehungsklage zu erheben.

Der Kern der Überlegungen, der darin steckt, ist auch für den hier gefundenen Inhalt der Mitwirkungspflicht massgebend.

(1) bei Baumbach § 117 Anm. 1D

(2) bei Schlegelberger § 127 Anm. 7 auch § 117 Anm. 8 und 15.

(3) Lehrbuch S. 575.

(4) in RGR-Kommentar § 117 Anm. 13.

Die Ermächtigungserklärung ist, wie bereits dargelegt wurde, Prozeßvoraussetzung für das Abberufungsverfahren. Eine Sachentscheidung ist daher nicht möglich, solange diese Erklärung nicht vorliegt. Die Sachentscheidung in dem Verfahren auf Mitwirkung ist daher Voraussetzung für die Klärung der prozessualen Zulässigkeit des Abberufungsverfahrens. Bei einer Verbindung beider Verfahren miteinander würde sich daher die mangelfnde Entscheidung zur Sache im Prozeßrechtsverhältnis des Mitwirkungsverfahrens einer sachlichen Entscheidung im Abberufungsverfahren entgegenstellen, da dies Hindernis bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht behoben werden kann. Die Ermächtigungserklärung gilt erst mit der Rechtskraft des Urteils gem. § 894 ZPO als abgegeben. Bis zu diesem Zeitpunkt würde die Zulässigkeit der Entziehungsklage durch das Ergebnis des Mitwirkungsverfahrens bedingt sein. Dies steht aber einer gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung nicht entgegen ⁽¹⁾. Eine gesetzliche Regelung eines solchen Falles befindet sich in § 275 ZPO. Nach Abs. 2 dieser Bestimmungen ist das Urteil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurteil zu behandeln. Dennoch kann das Gericht auf Antrag zur Sache selbst verhandeln und entscheiden, wenn das Urteil über die prozeßhindernde

(1) Vgl. Weipert § 117 Anm. 13

Weipert will ein vorläufig vollstreckbares Urteil ausreichen lassen, um die Entziehungsklage zu erheben. Das ist nicht unbedenklich. Er herrscht auch Streit darüber, ob Urteile nach § 894 ZPO über den in § 895 ZPO bestimmten Umfang überhaupt für vollstreckbar erklärt werden können.

Vgl. Baumbach-Lauterbach § 895 Anm. 1

Mosenberg § 208, III, 2 b, RG. 156, 169 mit weiteren Nachweisen.

Einrede noch nicht rechtskräftig ist. Die prozessualen Schwierigkeiten sind im Falle einer Verbindung des Entziehungsstreites mit dem Mitwirkungsverfahren geringer. In aller Regel wird die Entscheidung gemeinsam fallen, so daß aus dem Bedingungszustand Unzuträglichkeiten nicht erwachsen ⁽¹⁾. Insbesondere tritt bei Gestaltungsurteilen die gestaltende Wirkung erst mit der Rechtskraft ein, so daß auch hier Bedenken gegen die gemeinsame Entscheidung nicht bestehen, weil eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht in Betracht kommt. Auch der materiellen Begründung der gewillkürten Prozeßstandschaft aus einer anlogenen Anwendung des § 185 BGB wird ein gemeinsames Verfahren und eine gemeinsame Entscheidung ohne Rücksicht auf den prozessualen Mangel im Entziehungsverfahren durchaus gerecht. Nach § 185 macht die nachträgliche Genehmigung die Verfügung eines nicht Berechtigten rückwirkend wirksam. Dies kann unbedenklich auch für prozessuale Verfügungen gelten, zumal eine Rechtskrafterstreckung auf den ermächtigenden Dritten erst dann eintritt, wenn dieser sich mit der Prozeßführung einverstanden erklärt.

Bei der Klage auf Mitwirkung gegen den widerstrebenden Gesellschafter sind die übrigen zur Klage entschlossenen Gesellschafter Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO. Ihnen gegenüber kann nur durch eine einheitliche Entscheidung festgestellt werden, ob den widerstrebenden Gesellschafter die Rechtspflicht trifft, im Abberufungsverfahren mitzuwirken und dementsprechend die von ihm geforderte Ermächtigungserklärung abzugeben.

Indessen besteht keine Prozeßlast dahin, daß alle notwendigen Streitgenossen klagen oder, falls mehrere sich weigern, gemeinsam verklagt werden müssen ⁽²⁾. Eine solche Verpflichtung besteht auch nicht im Hinblick auf das später durchzuführende Abberufungsverfahren. Es reicht aus, daß einer der übrigen Gesellschafter sich zur Geltendmachung der dem Widerstrebenden zustehenden Rechte ermächtigen läßt.

(1) Im Ergebnis ebenso Fischer NJW 59/1060

(2) Vgl. Wieczorek § 62 Anm. B I a.

D. Gedanken zur gesetzlichen Neuregelung.

Hält man als Ergebnis fest, daß unter dem geltenden Rechtszustand bereits der widerstrebende Gesellschafter je nach Lage des einzelnen Falles verpflichtet sein kann, an der Abberufungsklage mitzuwirken und daß dies zweckmäßig durch eine Ermächtigungserklärung geschieht, so erhebt sich die Frage, ob eine gesetzliche Neuregelung erforderlich oder wünschenswert ist.

Zweifelsohne böte sie den Vorteil, daß der grundsätzliche Streit, ob ein Mitwirkungsanspruch überhaupt gewährt werden soll, verstumme. Es ist aber nicht zu verkennen, daß wegen der vielfach überlagerten und in sich verschachtelten Interessenströmungen innerhalb der Gesellschaft eine genaue Normierung unter welchen Voraussetzungen der Gesellschafter zur Mitwirkung verpflichtet sein soll, außerordentlich schwierig sein wird.

Die hier noch notwendige Erörterung der Risikoordnung und die Bestimmung des Inhalts der Treupflicht unter Verwendung des Grundsatzes in der Normentscheidung der §§ 117, 127 HGB zwingen dazu und gestatten es auch, auf die Lebenswirklichkeit, die hinter den juristischen Formen steht, einzugehen. Eine gesetzliche Neuregelung wird diese Möglichkeit offenhalten müssen, um der Vielfalt des Wirtschaftslebens gerecht zu werden.

Am 30. 8. 1925 wurde ich in Witten - Annen geboren.

Infolge der Kriegsereignisse und einer über das Kriegsende hinausdauernden Gefangenschaft habe ich das Studium erst im Wintersemester 1949 aufnehmen können.

Im Jahre 1953 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Hamm das 1. Staatsexamen und im Jahre 1956 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf das 2. Staatsexamen ab. Seit dem 1. 9. 1961 bin ich als Landgerichtsrat bei dem Landgericht Bochum planmäßig angestellt.

